

v. 04, n° 01 - jan/jul 2024

ISSN 2763-8685



LATIN AMERICAN JOURNAL OF EUROPEAN STUDIES



Co-funded by
the European Union

LATIN AMERICAN JOURNAL OF EUROPEAN STUDIES

Editors in charge of this Issue

Editors

Aline Beltrame de Moura
Naiara Posenato



ISSN 2763-8685

Latin American Journal of European Studies	Vol. 4	n. 1	p. 1-300	June	2024
--	--------	------	----------	------	------

LATIN AMERICAN JOURNAL OF EUROPEAN STUDIES

Jean Monnet Network Policy Debate - BRIDGE WATCH

The Latin American Journal of European Studies (ISSN 2763-8685) is a publication of the Latin American Center of European Studies, currently supported by the Jean Monnet Network Policy Debate "BRIDGE Watch" project with funding from the Erasmus + Programme of the European Commission.

The purpose of the Journal is to contribute to the studies of European Union Law and Policies from an analytical, critical and axiological perspective of the European integration process and of the relevant contexts of its international relations with third countries and, especially, with Latin America. We collaborate with the mission of creating new knowledge, building bridges of dialogue and exchanging good practices between regions, always with a view to promoting economic and social development, peace and international security.

Editorial Lines

The Journal objectives disseminate scientific articles, comments on jurisprudence, critical reviews and interviews in Portuguese, English and Spanish, which are in line with the following Editorial Lines:

1. European Union Law and Policies
2. European Union International Relations with third countries and Latin America

Chief Editor

Aline Beltrame de Moura, Universidade Federal de Santa Catarina (Brazil)

Associate Editor

Naiara Posenato, Università degli Studi di Milano (Italy)

Editorial Board

Carlos Molina Del Pozo Universidad de Alcalá (Spain)
Daniela Guerra Basedas – Universidad de la República (Uruguay)
Dante Maurício Negro Alvarado - Organization of American States (United States of America)
Elizabeth Accioly - Universidade Europeia (Portugal)
Francesco Seatzu - Università degli Studi di Cagliari (Italy)
Hans Egil Offerdal - Universitetet i Bergen (Norway)
Ignacio Herrera Anchustegui - Universitetet i Bergen (Norway)
Ilaria Anrò - Università degli Studi di Milano (Italy)
Iliana Rodríguez Santibáñez - Mexico City campus of Tecnológico de Monterrey, (Mexico)
Jacobo Ramirez - Copenhagen Business School – CBS, (Denmark)
Jamile Bergamaschine Mata Diz - Universidade Federal de Minas Gerais (Brazil)
José Antonio Calvo Gómez - European Institute of International Studies (Sweden)
Laura Victoria García Matamoros - Universidad del Rosario (Colombia)
Lourdes Gabriela Daza Aramayo - Anglo-americká vysoká škola (Czech Republic)
María Ángeles Rodríguez Vázquez - Universidad de Sevilla (Spain)
Oswaldo Zavala Blas - Universidad Nacional de Trujillo (Peru)
Rui Guerra da Fonseca - Constitutional Court of Portugal
Sandra Cecilia Negro - Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Santiago Luis Aversa - Universidad del Salvador (Argentina)
Virdzhiniya Petrova Georgieva - Universidad Iberoamericana (Mexico)

Editorial Assistants

Simoni Ribeiro de Freitas
Rafaela Girardi Hormann
Carla Lerin
Maria Laura Pereira
Gabriel Kauê Konzen

Layout

Laura Pra Baldi de Freitas - Emais Editora

Open Access Policy

[Open Access Policy](#)

© 2024. This Journal is openly licensed via [CC BY NC 4.0](#).

Available in

www.eurolatinstudies.com

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

L381

Latin American Journal of European Studies [recurso eletrônico] / organização Aline Beltrame de Moura, Naiara Posenato. - 7. ed. - Florianópolis [SC] : Emais, 2024.
recurso digital ; 2015 MB

Formato: epdf
Requisitos do sistema: adobe acrobat reader
Modo de acesso: world wide web
Inclui bibliografia e índice
Vol. 4, n. 1.
ISSN 2763-8685

1. Cooperação internacional. 2. Integração econômica internacional. 3. Países da União Europeia - Relações - América Latina. 4. Livros eletrônicos. I. Moura, Aline Beltrame de. II. Posenato, Naiara.

24-92616

CDD: 327

CDU: 327



Gabriela Faray Ferreira Lopes - Bibliotecária - CRB-7/6643

01/07/2024 04/07/2024

"The European Commission's support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents, which reflect the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein."

TABLE OF CONTENTS

EDITORIAL 6

DOSSIER: RULE OF LAW IN LATIN AMERICA AND EUROPE

A DIFÍCIL APLICAÇÃO DO ARTIGO 7.º DO TUE:

União Europeia e Estado de Direito 14

Nuno Cunha Rodrigues

RECONOCIMIENTO DE LAS VÍCTIMAS DE DESPLAZAMIENTO FORZADO EN LA LEY 1448 DE 2011:

Procesos de revictimización e invisibilización en la Zona
Bananera 33

Yeraldin Vásquez Polanco

THE IMPACT OF THE RECENT CASE LAW OF CJEU REGARDING ARTICLE 2 TEU ON NATIONAL CONSTITUTIONAL VALUES IN ROMANIA

63

Dragoş Călin

LA FUNCIÓN DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN EN EL AFIANZAMIENTO DE LA GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA Y DEL ESTADO DE DERECHO

90

Brenda Luciana Maffei

O SUPREMO TEATRO:

Como o individualismo e a extrema publicidade estão
minando o processo decisório do Supremo Tribunal Federal 120

Francesco Saccoliti
João Paulo de Moura Gonet Branco

MORTE SOCIAL:

o impacto da privação do direito ao voto em populações
carcerárias

153

*Clara Duarte Fernandes
Juliana Coelho Lima Gac*

LA SOBERANIA DE LOS ESTADOS SOBRE LOS RECURSOS NATURALES Y EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS A LA LIBRE DETERMINACION DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

184

Ena Carnero Arroyo

ARTICLES

PROJECT ARCHETYPES OF THE EUROPEAN RESEARCH AREA:

exploring the occasional engagement patterns of the
european southern neighbourhood

210

Zane Šime

ESTUDIO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR SOLICITADA POR LA COMISIÓN DE PEQUEÑOS ESTADOS INSULARES SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO Y DERECHO INTERNACIONAL

258

Danilo Garcia Caceres

INTERVIEW

ACCESS TO PUBLIC INFORMATION IN THE AMERICAS

Interview with Dante M. Negro Alvarado/ Director of the
Department of International Law of the Organization of
American States (OAS) and Technical Secretary of the Inter-
American Juridical Committee

279

Naiara Posenato

EDITORIAL

The co-editors and the Editorial team are delighted to present the seventh issue of the Latin American Journal of European Studies. This journal is a publication of the Latin American Center of European Studies (LACES), currently supported by the Jean Monnet Network Policy Debate “BRIDGE Watch” project, with funding from the Erasmus+ Programme of the European Commission. As an open-access, double-blind peer-reviewed journal, it publishes articles in English, Spanish, and Portuguese, twice a year. Its primary aim is to generate new knowledge, foster dialogue, and exchange best practices between the European Union and Latin America, with a steadfast commitment to promoting economic and social development, peace, and international security.

In this issue, in addition to contributions under the editorial lines “European Union Law and Policies” and “International Relations of the European Union with Third Countries and Latin America,” readers will find legal writings on the theme “Rule of Law in Latin America and Europe.” This topic was the focus of the current Thematic Dossier and the VII Jean Monnet Network Seminar – BRIDGE, held from March 25th to 27th, 2024, in Florianópolis, supported by the Federal University of Santa Catarina (UFSC), Brazil.

The event included a Seminar and a Scientific Roundtable, followed by a Workshop on “Rule of Law in Latin America and Europe.” Distinguished authorities and experts shared their insights and experiences, including: Rui Guerra da Fonseca, Judge of the

Editorial

Constitutional Court of Portugal; Luis Felipe Salomão, Minister of the Superior Court of Justice of Brazil; Dante Negro, Director of the Department of International Law of the Secretariat for Legal Affairs of the Organization of American States-OAS, United States; Sônia Bridi, Journalist, Globo TV, Brazil; Nuno Cunha Rodrigues, President of the Competition Authority of Portugal; and Santiago De Luca, Alternate Arbitrator in the Mercosur's Permanent Tribunal of Revision for Argentina. The Workshop featured the presentation of seven articles submitted by authors from Romania, Argentina, Brazil, Italy, and Colombia. These articles were selected through a Call for Papers organized by the Scientific Committee, which included Professor Aline Beltrame de Moura from UFSC, Brazil, Nuno Cunha Rodrigues from the University of Lisbon, Portugal, and Naiara Posenato from the University of Milan, Italy.

The thematic Dossier of this edition features selected articles from the VII Jean Monnet Workshop on "Rule of Law in Latin America and Europe," as well as contributions from renowned authors.

The first paper, written by Nuno Cunha Rodrigues, is entitled "A difícil aplicação do artigo 7.º do TUE: União Europeia e Estado de Direito" (The difficult application of article 7 of the TEU: European Union and Rule of Law). In his research, Rodrigues explores the European Union instruments to ensure that fundamental European values, including the Rule of law, are respected by Member States. He concludes that the mechanisms provided under Article 7 of the Treaty on European Union (TEU) are challenging to apply and have largely been supplanted by conditionality mechanisms, which themselves have faced legal challenges from some Member States.

The second article, written by Yeraldin Vásquez Polanco and entitled “Reconocimiento de las víctimas de desplazamiento forzado en la Ley 1448 de 2011: Procesos de revictimización e invisibilización en la Zona Bananera,” (Recognition of victims of forced displacement in Law 1448 of 2011: Revictimization and invisibilization processes in the Banana Zone), was selected by the Organization Committee as the best article of the VII Jean Monnet Workshop on “Rule of Law in Latin America and Europe.” Vásquez Polanco examines the Colombian territorial struggles that have been central to its armed conflict, resulting in the highest displacement rate in the world. The author investigates the scope and challenges of implementing the Victims and Land Restitution Law (N. 1448 of 2011), particularly in the Banana Zone, a municipality heavily affected by resource exploitation, drug trafficking, and paramilitarism. She highlights the need for a differential approach due to the majority Afro-Colombian population in the region.

Dragoș Călin presented a paper titled “The impact of the recent Case Law of CJEU Regarding Article 2 TEU On National Constitutional Values in Romania.” The article discusses the Romanian Constitutional Court’s efforts to resist the supremacy of European Union law, specifically the rulings of the Court of Justice of the European Union on the rule of law. Călin describes how the Romanian Constitutional Court has uniquely developed *ultra vires* control and identity control mechanisms. Despite pressure to change, the Court has maintained its stance from Decision no. 390/2021 and even proposed revising the Constitution to align with EU case law. However, recent developments, such as Decision no. 283/2023,

suggest a shift away from these sovereigntist decisions, emphasizing the need to set a threshold for the offence of abuse of office.

Brenda Luciana Maffei's paper, titled "La función del Tribunal Permanente de Revisión en el afianzamiento de la gobernabilidad democrática y del Estado de Derecho," (The Role of the Permanent Review Tribunal in Strengthening Democratic Governance and the Rule of Law), examines the function of the Permanent Review Tribunal (TPR) as a potential actor for consolidating democratic governance and the democratic state. The analysis centers around whether the TPR has a role in ensuring democratic governance and the rule of law in the member states involved in this integration process. The study is based on a systemic vision in which the Supreme Court of Mercosur could interact in a feedback loop with the internal legal systems of the member states.

The article by Francesco Saccoliti and João Paulo de Moura Gonet Branco, titled "O Supremo Teatro: Como o individualismo e a extrema publicidade estão minando o processo decisório do Supremo Tribunal Federal," (The Supreme Theatre: How individualism and the extreme publicity are undermining the decision-making process of the Supremo Tribunal Federal), discusses the enactment of the 1988 Brazilian Federal Constitution, which expanded the powers of the Judiciary and increased the influence of the Supremo Tribunal Federal (STF) in everyday life. The authors argue that while the decision-making process of the STF has enhanced transparency and public participation, it has also led to concerns about excessive individualism and extreme publicity. They suggest the need to reform the current deliberation mechanism of the STF.

Clara Duarte Fernandes and Juliana Coelho Lima Gac's paper, titled "Morte Social: o impacto da privação do direito ao voto em populações carcerárias impactos das (neuro) tecnologias emergentes para a (neuro)privacidade do titular," (Social Death: The Impact of the Deprivation of Voting Rights on Incarcerated Populations), analyzes the effects of restricting the right to vote for incarcerated individuals in Brazil. The authors highlight the implications of denying these individuals their citizenship rights, which exacerbates social exclusion and crime. They argue for state action and public policies to expand voting rights for prisoners, promoting social inclusion in line with the 1988 Federal Constitution.

Ena Carnero Arroyo's article, titled "La Soberanía de los Estados sobre los recursos naturales y el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos," (The Sovereignty of States over natural resources and the right of indigenous peoples to self-determination from the International Human Rights Law), focuses on the principle of State sovereignty over natural resources from the perspective of International Human Rights Law. The paper examines how the United Nations and American Declarations on the Rights of Indigenous Peoples recognize their right to self-determination and collective property, proposing that these rights should extend to the jurisdiction over their ancestral lands and resources. The failure of states to respect these rights increases the risk of secession.

The following section, "Articles," includes contributions on European Union Law and Policies and International Relations of

the European Union with third countries and Latin America. Two articles are featured in this issue.

Zane Šime's article, "Project archetypes of the European research area: Exploring the occasional engagement patterns of the European Southern neighborhood," examines the engagement of the European Southern Neighborhood in the European Research Area (ERA). The research highlights how single-project encounters are the prevailing pattern, with prolonged engagements being rare. The article discusses the role of research collaborations in advancing EU objectives within the European Neighborhood Policy context.

Danilo Vicente Garcia Caceres' article, "Estudio de la opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar solicitada por la Comisión de Pequeños Estados Insulares sobre cambio climático y Derecho Internacional," (Study of the advisory opinion of the International Court of the Law of the Sea requested by the Commission of Small Island States on climate change and International Law), discusses the advisory opinion issued by the International Tribunal for the Law of the Sea on climate change and international law. The article analyzes the jurisdiction of the Court, the applicability of various international law instruments, and the establishment of marine protected areas as tools for combating climate change in line with international treaties.

This edition also features an interview with Dante M. Negro Alvarado, Director of the Department of International Law of the Organization of American States (OAS) and Technical Secretary of the Inter-American Juridical Committee. This interview was

conducted on March 25, 2024, during the VII Jean Monnet Network Bridge Seminar that took place at Federal University of Santa Catarina. The interview, titled "Access to Public Information in the Americas," was carried out by Naiara Posenato, Associate Professor of Comparative Law at the University of Milan (La Statale), Italy, and Co-Editor of this Journal.

As editors of this issue, we extend our heartfelt gratitude to the authors and all contributors who made the publication of the seventh issue of the Latin American Journal of European Studies possible. We hope this edition offers valuable insights and promotes ongoing dialogue and collaboration between the European Union and Latin America.

Aline Beltrame de Moura & Naiara Posenato



DOSSIER

RULE OF LAW IN LATIN AMERICA AND EUROPE

A DIFÍCIL APLICAÇÃO DO ARTIGO 7.º DO TUE:

União Europeia e Estado de Direito¹

Nuno Cunha Rodrigues²

RESUMO: O presente artigo procura explicar os instrumentos que a União Europeia dispõe para assegurar que os valores fundamentais europeus, incluindo a ideia de Estado de Direito, são respeitados pelos Estados-Membros. Conclui-se pela dificuldade de aplicação dos instrumentos previstos no artigo 7.º do TUE que têm sido substituídos por mecanismos de condicionalidade que, no entanto, têm sido contestados judicialmente por alguns Estados-Membros.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo 7.º do TUE; Estado de Direito; condicionalidade.

THE DIFFICULT APPLICATION OF ARTICLE 7 OF THE TEU: EUROPEAN UNION AND RULE OF LAW

ABSTRACT: The paper seeks to explain the instruments that the European Union has to ensure that fundamental European values, including the idea of “rule of law”, are respected by Member States. It is concluded that the instruments provided for in Article 7 of the TEU are difficult to apply, which have been replaced by conditionality mechanisms which, however, have been challenged in court by some Member States.

KEYWORDS: Article 7 TEU; Rule of Law; conditionality.

SUMÁRIO:1. O procedimento do artigo 7.º do TUE; 2. O papel do TJUE na manutenção dos valores fundamentais da UE. 3. A insuficiência do artigo 7.º do TUE e a criação do mecanismo de condicionalidade; Considerações Finais; Referências.

1. N. C. Rodrigues, *A Díficil Aplicação do Artigo 7.º do TUE: União Europeia e Estado de Direito*, in *Latin American Journal of European Studies*, v. 4, n. 1, 2024, p. 14 et seq.
2. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Cátedra Jean Monnet. As opiniões expressas no presente artigo vinculam o autor a título estritamente pessoal. O presente texto corresponde à conferência realizada no dia 27 de março de 2024, na Universidade Federal de Santa Catarina, em Florianópolis, Brasil, no âmbito do “VII Jean Monnet Network BRIDGE Seminar “Rule of Laws in Latin America and Europe”.

1. O PROCEDIMENTO DO ARTIGO 7.º DO TUE

A União Europeia tem enfrentando, nos últimos anos, um conjunto de desafios que a colocam numa encruzilhada.

Entre outras questões, a saída do Reino Unido da UE – o chamado Brexit –, o problema do ingresso de migrantes e refugiados no espaço europeu, a conclusão da União Económica e Monetária; da União Bancária e União do Mercado de Capitais, a necessidade de dotar a UE de competência ao nível da saúde pública; a discussão em torno da possível criação de “campeões europeus”, a guerra na Ucrânia e a política de defesa da UE, a possível adesão de novos Estados ou a emergência de uma nova ordem económica multipolar, que irradia dos EUA, da China e da UE colocaram a União Europeia sob tensão.

Paralelamente, na última década suscitou-se um debate, dentro da UE, em torno da necessidade de reafirmar a defesa de valores fundamentais europeus em alguns Estados-Membros.

De entre os valores fundamentais a partir dos quais se ergue a UE destacam-se os previstos no artigo 2.º do Tratado da União Europeia (TUE), no qual se dispõe que a UE se funda nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias.

Como é recordado no mesmo artigo 2.º, estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

A discussão em torno do respeito por estes valores parecia afastada pela necessidade de, no momento da adesão, os Estados aderentes terem de cumprir os chamados Critérios de Copenhaga.

Não tinha sido surpreendente que, em 1993, o Conselho Europeu realizado em Copenhaga tenha estabelecido os chamados “Critérios de Copenhaga” que correspondem às condições (cfr. artigo 49.º do TUE) e princípios (cfr. artigo 6.º, n.º 1 do TUE) que qualquer Estado que pretenda aderir à União Europeia deve respeitar. Estes critérios foram mais tarde reafirmados pelo Conselho Europeu realizado em Madrid, em 1995.

De harmonia com os “Critérios de Copenhaga”, um Estado que pretenda aderir à UE deve assegurar que dispõe de (i) estabilidade das instituições que garantem a democracia, o Estado de direito, os direitos humanos e o respeito pelas minorias e a sua proteção; (ii) uma economia de mercado que funcione efetivamente e capacidade de fazer face à pressão concorrencial e às forças de mercado da UE e (iii) capacidade para assumir as obrigações decorrentes da adesão, incluindo aplicar eficazmente as regras, normas e políticas que compõem o corpo legislativo da UE (o acervo) e a adesão aos objetivos de união política, económica e monetária.

Acontece que a UE não dispunha, até à data da celebração do Tratado de Amesterdão, de mecanismos que lhe permitissem verificar – e sancionar – o desrespeito ou a violação, por um Estado-Membro – dos valores fundamentais da UE – depois da adesão deste.

Por outras palavras, a verificação do respeito dos valores fundamentais europeus por parte de um Estado ocorria *apenas*

no momento da adesão de um Estado à UE, à luz dos critérios enunciados, e não durante a permanência desse Estado na UE, o que motivava o chamado “dilema de Copenhaga”.³

Foi por isso compreensível que, em outubro de 1997, no contexto do processo de revisão dos Tratados operado pelo Tratado de Amsterdão, os Estados-Membros tenham acordado em introduzir um novo artigo 7.º no TUE – então numerado como artigo F.1 -, mais tarde revisto pelo Tratado de Nice e renumerado para artigo 7.º.⁴

O artigo 7.º do TUE, ainda em vigor, passou a prever um mecanismo que permite verificar a existência de um risco manifesto de violação grave dos valores referidos no artigo 2.º por parte de um Estado-Membro.

Distingue-se, a este propósito, (i) a possibilidade de fixação de medidas preventivas do (ii) mecanismo de sanções, atenta a existência de um risco manifesto de violação grave dos valores referidos no artigo 2.º por parte de um Estado-Membro.

No primeiro caso – medidas preventivas – a verificação da existência do risco terá de ser subsequente a uma proposta fundamentada de um terço dos Estados-Membros, do Parlamento Europeu ou da Comissão Europeia à qual se segue a aprovação, pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada de quatro quintos dos seus membros, bem como do Parlamento Europeu.

3. V.E.R.A. de Moraes Sarmiento, *A eficácia do artigo 7.º como um instrumento de enforcement do rule of law da União Europeia*, in *Revista do Programa de Direito da UE*, vol. 1, 2021, p. 177.
4. Sobre a história do artigo 7.º : V.E.R.A. de Moraes Sarmiento, *A eficácia do artigo 7.º como um instrumento de enforcement do rule of law da União Europeia*, cit., p. 177 et seq. D. Kochenov, *Article 7 TEU*, in M. Kellerbauer, M. Klamert, J. Tomkin (orgs.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, New York, 2019, disponível em <https://doi.org/10.1093/oso/9780198759393.003.10>.

Antes de proceder à constatação da existência de um risco manifesto de violação grave dos valores referidos no artigo 2.º, o Conselho deve ouvir o Estado-Membro em questão e pode, depois, dirigir-lhe recomendações, deliberando segundo o mesmo processo (cfr. artigo 7.º, n.º 1 do TUE).

No segundo caso – mecanismo sancionatório – a verificação da existência de uma violação grave e persistente, por parte de um Estado-Membro, dos valores referidos no artigo 2.º do TUE requer a aprovação, por parte do Conselho Europeu, deliberando por unanimidade, sob proposta de um terço dos Estados-Membros ou da Comissão Europeia, e após aprovação do Parlamento Europeu. Também neste caso, o Estado-Membro em causa deve ser convidado a apresentar as suas observações sobre a questão (cfr. artigo 7.º, n.º 2 do TUE).

Caso tenha sido verificada a existência da violação nos termos descritos no parágrafo anterior, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, pode decidir suspender alguns dos direitos decorrentes da aplicação dos Tratados ao Estado-Membro em causa, incluindo o direito de voto do representante do Governo desse Estado-Membro no Conselho. Esta opção é denominada, por alguns, como uma “bomba atómica” ou “opção nuclear” política contra um Estado-Membro.⁵ Ao fazê-lo, o Conselho terá em conta as eventuais consequências dessa suspensão nos direitos e obrigações das pessoas singulares e coletivas.

5. V.E.R.A. de Moraes Sarmiento, *A eficácia do artigo 7.º como um instrumento de enforcement do rule of law da União Europeia*, cit, p. 170.

A diferença entre a fixação de medidas preventivas ou a aplicação do mecanismo sancionatório previsto no artigo 7.º é subtil, mas muito relevante.

No primeiro caso – emissão de recomendações ao Estado-Membro – é exigida a aprovação por maioria qualificada de quatro quintos dos membros do Conselho.

No segundo caso – mecanismo sancionatório – a suspensão dos direitos de voto deve ser aprovada, por unanimidade, pelo Conselho Europeu.

Tendo presente esta diferença é fácil compreender que o primeiro mecanismo – emissão de recomendações – é essencialmente de natureza política, tendo uma capacidade dissuasora menor do que o segundo – sancionatório – que permite a suspensão dos direitos de voto de um Estado-Membro. Porém, neste último caso, exige-se que a aprovação seja feita de forma unânime pelos membros do Conselho Europeu, com a exceção do Estado visado.

Assim, basta que um dos restantes Estados-Membros não concorde com a proposta de suspensão de direitos de voto para que esta hipótese não seja aprovada pelo Conselho Europeu. Está em causa, por outras palavras, um verdadeiro poder de veto que é atribuído a cada Estado-Membro no âmbito do mecanismo sancionatório previsto no artigo 7.º, n.ºs 2 e 3 do TUE.

Tal sucedeu quando, num passado recente, em 2017 e 2018, a Comissão Europeia ativou o artigo 7.º relativamente à Polónia – em 20 de dezembro de 2017 - e à Hungria – a 12 de setembro de

2018 -, na sequência de recomendações anteriormente emitidas relativamente a estes Estados.⁶

Estavam em causa queixas apresentadas, contra estes dois Estados-Membros, de violação de valores fundamentais da UE. Entre outros fundamentos, invocava-se o desrespeito do princípio da separação de poderes – no caso da Polónia⁷ – e a violação dos direitos das minorias e da liberdade de expressão – no caso da Hungria.⁸

2. O PAPEL DO TJUE NA MANUTENÇÃO DOS VALORES FUNDAMENTAIS DA UE

Apesar de a Comissão Europeia ter ativado o artigo 7.º - depois de um longo período de hesitação que motivou, inclusivamente, a apresentação de uma petição por parte de cidadãos europeus⁹ – o processo revelou-se ineficaz atenta, em particular, a falta de vontade política em torno da aplicação do artigo, revelada por alguns Estados.

6. Recomendação (UE) 2016/1374 da Comissão, de 27 de julho de 2016, relativa ao Estado de direito na Polónia, na qual a "Comissão considerou que existia uma ameaça sistémica ao Estado de direito na Polónia e recomendou que as autoridades polacas tomassem as medidas adequadas para fazer face a essa ameaça sistémica ao Estado de direito com caráter de urgência". Recomendação (UE) 2017/146 da Comissão, de 21 de dezembro de 2016, relativa à Polónia. Recomendação (UE) 2017/1520 da Comissão, de 27 de julho de 2017, relativa à Polónia.

7. Em 29 de maio de 2024, a Comissão retirou a proposta apresentada contra a Polónia por considerar que o Estado tinha feito progressos para restaurar o Estado de Direito e que este já não se encontrava ameaçado na Polónia.

8. V.E.R.A. de Moraes Sarmiento, *A eficácia do artigo 7.º como um instrumento de enforcement do rule of law da União Europeia*, cit. p. 175 et seq.

9. E. Maurice, E. Zalan, *Commission registers call for EU sanctions on Hungary*, disponível em <https://euobserver.com/political/131313>, acesso em junho de 2024.

Destacou-se, em particular, o papel desempenhado pelo chamado grupo de Visegrado – composto pela Polónia; Hungria e Estónia – que recusava a aplicação do artigo 7.º.

No caso particular da Polónia e da Hungria, o motivo que conduzia à falta de apoio era óbvio: sendo ambos objeto da ativação do artigo 7.º, e sabendo-se que a aprovação de medidas sancionatórias exigia a aprovação unânime de todos os Estados, com a exceção do visado, era evidente que a não-aprovação recíproca das medidas propostas equivalia a um veto recíproco à hipotética penalização dos Estados em causa.

Muitos consideraram, por isso, que a possibilidade de ser aplicado o disposto no artigo 7.º seria altamente improvável, tornando o artigo ineficaz e inviabilizando, assim, um efetivo escrutínio do respeito, pelos Estados-Membros, dos valores fundamentais da UE.

Não obstante, em 2014, a Comissão Europeia publicou a comunicação intitulada “Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de direito” na qual apresentou um novo quadro destinado a assegurar uma proteção eficaz e coerente do Estado de direito em todos os Estados-Membros e que visa dar resposta a qualquer situação em que se verifique uma ameaça sistémica ao Estado de direito.¹⁰

Não foi por isso surpreendente que o TJUE tenha emergido, também aqui, como defensor do modelo de Estado de Direito (*rule of law*) da UE.

Para tal contribuiu um conjunto de relevante jurisprudência na qual o TJUE considerou que a ideia de Estado de direito na UE não

10. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, A new EU Framework to strengthen the Rule of Law, COM(2014) 158 final, Bruxelas, 11 de março de 2014.

equivale a um simples requisito formal e processual mas refere-se, igualmente, ao valor substantivo ao qual estão vinculados quer as instituições da UE, quer os Estados-Membros.

No primeiro caso – instituições da UE – o Tribunal do Luxemburgo teve ocasião de afirmar que a “União baseada no Estado de direito» significa que as instituições da UE estão sujeitas não só ao controlo da conformidade dos seus atos com o Tratado, mas também «com os princípios gerais do direito, onde se incluem os direitos fundamentais”.¹¹

De forma semelhante, no célebre acórdão «Les Verts», o TJUE tinha reconhecido que a Comunidade Europeia era uma comunidade de direito na qual “nem os EM nem as instituições estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus atos com o Tratado”.¹²

Este entendimento foi reiterado no acórdão Associação Sindical dos Juizes Portugueses, no qual o Tribunal afirmou que os Estados-Membros estão vinculados à ideia de Estado de direito referindo que, “de acordo com o artigo 2.º TUE, a União fundase em valores, como o Estado de direito, que são comuns aos EstadosMembros, numa sociedade caracterizada, designadamente, pela justiça”¹³ razão pela qual “a confiança mútua entre os EstadosMembros e, designadamente, os seus órgãos jurisdicionais assenta na premissa fundamental segundo a qual os EstadosMembros partilham de

11. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 25 de julho de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores*, C-50/00 P, para. 38 e 39.

12. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 23 de abril de 1986, *Les Verts*, 294/83, para. 23.

13. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, para. 30.

uma série de valores comuns em que a União se funda, como precisado nesse artigo 2.º TUE.”

Mais tarde, no acórdão *Celmer*, o TJUE considerou que o princípio da confiança mútua entre Estados-membros inclui a partilha de valores do artigo 2.º do TUE.¹⁴ Em todos estes casos o TJUE entendia possuir jurisdição atento o disposto no artigo 19.º do TUE, que concretiza o valor do Estado de direito afirmado no artigo 2.º do TUE, e que confia a tarefa de assegurar a fiscalização jurisdicional na ordem jurídica da União não apenas ao Tribunal de Justiça mas igualmente aos órgãos jurisdicionais nacionais.¹⁵

O TJUE quis, desta forma, sinalizar que a fiscalização do respeito, pelos Estados-Membros, dos valores fundamentais da UE pode ser feita não apenas por via do artigo 7.º do TUE, mas igualmente através do procedimento de infração previsto no artigo 258.º do TFUE.

Porém, aqui sempre se dirá que tal apenas pode suceder se existir uma infração a uma disposição específica do Direito da UE, ao contrário do que ocorre ao abrigo do artigo 7.º do TUE.

Tal não impediu o TJUE de, em 2018, fixar medidas provisórias relativamente à Polónia, por ter constatado a violação do princípio da separação de poderes, na sequência de ação proposta pela Comissão Europeia.

Estavam em causa propostas, entretanto adotadas na Polónia, que consistiam em reduzir a idade de aposentação dos juizes do Supremo Tribunal aos juizes em exercício que foram nomeados

14. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 25 de julho de 2018, *Celmer*, C-216/18.

15. TJUE. Acórdão C-216/18, *cit.*, para. 32.

para esse tribunal antes de 3 de abril de 2018 e, por outro, em conceder ao Presidente da República o poder discricionário de prorrogar a função judicial ativa dos juízes do referido tribunal para além da nova idade de aposentação fixada.¹⁶

Neste caso, por Despacho do TJUE proferido em 17 de dezembro de 2018, o TJUE determinou que a Polónia devia tomar todas as medidas para garantir que os juízes pudessem continuar a exercer as suas funções;

Mais tarde, tendo presente as propostas descritas, por decisão proferida no processo Comissão vs. Polónia¹⁷ o TJUE concluiu que a República da Polónia não tinha cumprido as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo do TUE.¹⁸

3. A INSUFICIÊNCIA DO ARTIGO 7.º DO TUE E A CRIAÇÃO DO MECANISMO DE CONDICIONALIDADE

O relevante papel desempenhado pelo TJUE parece não ser suficiente para forçar Estados-Membros a respeitar os valores fundamentais da UE, desde logo porque o processo contencioso pode ser moroso.

16. V.E.R.A. de Moraes Sarmiento, *A eficácia do artigo 7.º como um instrumento de enforcement do rule of law da União Europeia*, cit, p. 173 et seq.

17. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 24 de junho de 2019, *Comissão Europeia contra República da Polónia*, C-619/18.

18. TJUE. Acórdão C-619/18, cit., "Ao prever a aplicação da medida que consiste em reduzir a idade de aposentação dos juízes do (...) (Supremo Tribunal, Polónia) aos juízes em exercício que foram nomeados para esse tribunal antes de 3 de abril de 2018 e, por outro, ao conceder ao presidente da República o poder discricionário de prorrogar a função judicial ativa dos juízes do referido tribunal para além da nova idade de aposentação fixada, a República da Polónia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE."

Não foi por isso surpreendente que a Comissão Europeia tenha encontrado em mecanismos de condicionalidade novas formas de conduzir Estados-Membros a respeitarem os valores inscritos no artigo 2.º do TUE.

Tal sucedeu, no passado, quando alguns Estados-Membros foram intervencionados pela chamada *troika*¹⁹, modelo mais tarde institucionalizado no Mecanismo Europeu de Estabilidade.²⁰

Tendo presente as dificuldades políticas e a ineficiência do procedimento previsto no artigo 7.º do TUE, a UE aprovou, num passado recente, o Regulamento 2020/2092 de 16 de dezembro de 2020, relativo ao regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da União.²¹ Criou-se, desta forma, um regime geral que condiciona ou subordina o acesso dos Estados-Membros ao dinheiro proveniente do orçamento da UE ao respeito pelos princípios do Estado de direito enunciados no artigo 2.º do TUE.

19. Memorando de Entendimento assinado a 17 de maio de 2011 entre o Estado Português, o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional. Ponto 7. "7. (...) Melhorar o funcionamento do sistema judicial, que é essencial para o funcionamento correcto e justo da economia;"
20. Tratado que cria o MEE: Tratado que cria o Mecanismo Europeu de Estabilidade, 10 de dezembro de 2010. "Art.3. O MEE tem como missão reunir fundos e prestar apoio de estabilidade, sob rigorosa condicionalidade, adequada ao instrumento financeiro escolhido, em benefício de membros do MEE que estejam a ser afetados ou ameaçados por graves problemas de financiamento, se tal for indispensável para salvaguardar a estabilidade financeira da área do euro no seu todo e dos seus Estados-Membros."
21. Comunicação da Comissão Orientações sobre a aplicação do Regulamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo a um regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da União 2022/C 123/02, de 18 de março de 2022. Mais tarde a Comissão Europeia emitiu a Comunicação intitulada "Orientações sobre a aplicação do Regulamento 2020/2092 relativo a um regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da União" onde explica os seguintes cinco aspetos do Regulamento: "i) as condições para a adoção de medidas; ii) a relação entre o Regulamento relativo à condicionalidade e outros instrumentos; iii) a proporcionalidade das medidas a propor ao Conselho; iv) o procedimento e o processo de avaliação; v) a proteção dos direitos dos destinatários finais ou beneficiários."

Este regulamento prevê que sempre que os Estados-Membros executam o orçamento da União, incluindo os recursos afetados através do Instrumento de Recuperação da União Europeia, criado nos termos do Regulamento (UE) 2020/2094 do Conselho e através de empréstimos e outros instrumentos garantidos pelo orçamento da União, e independentemente do método de execução que utilizarem, o respeito pelo Estado de direito seja uma condição prévia essencial para a conformidade com os princípios da boa gestão financeira consagrados no artigo 317.º do TFUE.²²

O mecanismo de condicionalidade complementa o procedimento previsto no artigo 7.º do TUE, protegendo o orçamento da União contra violações dos princípios do Estado de direito que afetem a sua boa gestão financeira ou a proteção dos interesses financeiros da União.²³ Este regulamento foi mais tarde incluído no âmbito de outros instrumentos da UE, como o Mecanismo de Recuperação e Resiliência, que remete para a aplicação daquele.²⁴

22. Regulamento (UE) 2020/2094 do Conselho de 14 de dezembro de 2020 que cria um Instrumento de Recuperação da União Europeia para apoiar a recuperação na sequência da crise da COVID-19, considerando 7.

23. K. Cseres; M. Borgers, VerfBlog, *Competition and Conditionality: The missing piece of the puzzle in the case of Hungary?*, disponível em <https://verfassungsblog.de/competition-and-conditionality/>.

24. Regulamento (UE) 2021/241 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de fevereiro de 2021 que cria o Mecanismo de Recuperação e Resiliência, considerado 71. "Aplicam-se ao presente regulamento as regras financeiras horizontais adotadas pelo Parlamento Europeu e o Conselho nos termos do artigo 322.º do TFUE. Essas regras encontram-se plasmadas no Regulamento Financeiro (...). As regras adotadas nos termos do artigo 322.º do TFUE incluem igualmente um regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da União" e artigo 8.º - Execução: "O mecanismo é executado pela Comissão em regime de gestão direta, nos termos das regras pertinentes adotadas nos termos do artigo 322.º do TFUE, nomeadamente o Regulamento Financeiro e o Regulamento (UE, Euratom) 2020/2092 do Parlamento Europeu e do Conselho".

Para efeitos de aplicação do regulamento, é proposta uma definição de «Estado de direito», entendido como o valor da União consagrado no artigo 2.º do TUE²⁵ que inclui os princípios da legalidade, que pressupõem um processo legislativo transparente, responsável, democrático e pluralista, bem como os princípios da segurança jurídica, da proibição da arbitrariedade dos poderes executivos, da tutela jurisdicional efetiva, incluindo o acesso à justiça, por tribunais independentes e imparciais, inclusive no que diz respeito aos direitos fundamentais, da separação de poderes, e ainda da não discriminação e da igualdade perante a lei.

O regulamento prevê, no artigo 3.º e de forma exemplificativa, situações que indiciam a violação de princípios do Estado de direito, por parte de um Estado-membro, tais como: a) O facto de se pôr em risco a independência do poder judicial; b) O facto de não se prevenirem, corrigirem ou sancionarem decisões arbitrárias ou ilegais de autoridades públicas, incluindo autoridades de aplicação da lei; de se suspenderem recursos financeiros e humanos de uma forma que afete o correto funcionamento dessas autoridades; ou de não se assegurar a ausência de conflitos de interesses; c) O facto de se limitar a disponibilidade e eficácia dos mecanismos de recurso, nomeadamente através de regras processuais restritivas e de não se proceder à execução de decisões judiciais, ou de se limitar a efetiva investigação, repressão ou sanção das violações do direito.

25. Regulamento (UE) 2021/241, *cit.*, art. 2.º, alínea a. Este acrescenta que o Estado de direito deve ser entendido à luz dos outros valores e princípios da União consagrados no artigo 2.º do TUE.

O artigo 4.º estabelece o procedimento a adotar quando se constate existirem motivos razoáveis para considerar que as condições previstas no artigo anterior estão preenchidas.

Nesse caso, a Comissão envia ao Estado-Membro em causa uma notificação escrita que indique os elementos factuais e os motivos específicos em que as suas constatações se basearam.

Nas observações, o Estado-Membro pode propor a adoção de medidas corretivas para dar resposta às constatações indicadas na notificação da Comissão. O Estado-Membro pode, a qualquer momento, adotar novas medidas corretivas e apresentar à Comissão uma notificação escrita, na qual inclua dados factuais, a fim de demonstrar que as condições previstas no artigo 4.º deixaram de estar preenchidas.

Se a Comissão considerar que as condições previstas no artigo 4.º estão preenchidas e que as medidas corretivas propostas pelo Estado-Membro não dão uma resposta adequada, apresenta ao Conselho uma proposta com vista a uma decisão de execução sobre as medidas adequadas. O Conselho adota a decisão de execução podendo, por maioria qualificada, alterar a proposta da Comissão.

Em 2021, a Hungria e a Polónia propuseram um recurso de anulação contra o Conselho e o Parlamento Europeu por considerarem que (i) a UE não tinha competência para adotar o regulamento; (ii) o regulamento violava o artigo 7.º TUE; o artigo 4.º, n.º 1, e o artigo 5.º, n.º 2, TUE; o artigo 13.º, n.º 2, TUE e o artigo 269.º TFUE bem como (iii) o princípio da segurança jurídica;

Porém, em 16 de fevereiro de 2022 o TJUE negou provimento a ambos os recursos²⁶ tendo explicitado que o orçamento da UE é um instrumento apto a concretizar o princípio da solidariedade, nos termos do artigo 2.º do TUE, tendo presente que a implementação deste princípio através do orçamento da UE baseia-se na confiança mútua entre os Estados-Membros no que diz respeito à utilização responsável dos recursos comuns contidos neste orçamento.

Como tal, concluiu o TJUE neste aresto, a condicionalidade não é imposta como uma sanção, mas como uma medida para proteger o orçamento da UE.

Nas palavras do Tribunal, o regulamento destina-se "a proteger o orçamento da União contra prejuízos que possam decorrer de violações de princípios do Estado de direito num Estado-Membro."²⁷

Assim, por um lado, perante as dificuldades de aplicação do disposto no artigo 7.º do TUE e, por outro lado, a possibilidade de lançar mão do Regulamento de condicionalidade, em 18 de setembro de 2022, a Comissão adotou uma proposta relativa a medidas para a proteção do orçamento da União contra violações dos princípios do Estado de direito na Hungria.²⁸

Nessa proposta, a Comissão Europeia entendeu que as medidas corretivas propostas pela Hungria, com base no artigo 6.º, n.º 5, do Regulamento n.º 2020/2092 não eram plenamente adequadas

26. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 16 de fevereiro de 2022, *Hungria v. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia*, C-156/21.

27. *Hungria v. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia*, cit., para. 110.

28. Comissão Europeia. Proposta de Decisão de Execução do Conselho sobre medidas para a proteção do orçamento da União contra violações dos princípios do Estado de Direito na Hungria, 30 de novembro de 2022, COM (2022) 485 final, procedimento 2022/0295/NLE.

para dar resposta às constatações estabelecidas na notificação da Comissão enviada à Hungria em 27 de abril de 2022, razão pela qual foram suspensas 65% das autorizações orçamentais a título de um conjunto de programas operacionais da política de coesão.²⁹

A proposta veio a ser acolhida, pelo Conselho, em 15 de dezembro de 2022 e vertida na Decisão de execução (UE) 2022/2506 do Conselho, relativa a medidas para a proteção do orçamento da União contra violações dos princípios do Estado de direito na Hungria.³⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, pode afirmar-se que a possibilidade de o artigo 7.º do TUE vir a ser aplicado é, atualmente, ténue o que, podendo representar uma dificuldade à plena afirmação dos valores fundamentais da UE junto dos Estados-Membros não pode fazer esquecer que há, agora, outros instrumentos ao dispor da UE que podem facultar a produção de um resultado equivalente, como seja, em particular, através do recurso aos mecanismos de condicionalidade previstos na legislação europeia, permitindo dessa forma fazer respeitar os valores fundamentais da UE, previstos no artigo 2.º do TUE, por parte dos Estados-membros.

REFERÊNCIAS

29. a) Programa Operacional Mais – Ambiente e Eficiência Energética; b) Programa Operacional Mais – Transportes Integrados; c) Programa Operacional Mais – Desenvolvimento e Ordenamento do Território.
30. Conselho da União Europeia. Decisão de Execução (UE) 2022/2506 de 15 de dezembro de 2022 relativa a medidas para a proteção do orçamento da União contra violações dos princípios do Estado de direito na Hungria.

Comissão Europeia. Proposta de Decisão de Execução do Conselho sobre medidas para a proteção do orçamento da União contra violações dos princípios do Estado de Direito na Hungria, 30 de novembro de 2022, COM (2022) 485 final, procedimento 2022/0295/NLE.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, A new EU Framework to strengthen the Rule of Law, COM(2014) 158 final, Bruxelas, 11 de março de 2014.

Comunicação da Comissão Orientações sobre a aplicação do Regulamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo a um regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da União 2022/C 123/02, de 18 de março de 2022.

Conselho da União Europeia. Decisão de Execução (UE) 2022/2506 de 15 de dezembro de 2022 relativa a medidas para a proteção do orçamento da União contra violações dos princípios do Estado de direito na Hungria.

D. Kochenov, *Article 7 TEU*, in M. Kellerbauer, M. Klamert, J. Tomkin (orgs.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, New York, 2019, disponível em <https://doi.org/10.1093/oso/9780198759393.003.10>.

E. Maurice, E. Zalan, *Commission registers call for EU sanctions on Hungary*, disponível em <https://euobserver.com/political/131313>, acesso em junho de 2024.

K. Cseres; M. Borgers, *VerfBlog, Competition and Conditionality: The missing piece of the puzzle in the case of Hungary?*, disponível em <https://verfassungsblog.de/competition-and-conditionality/>.

Recomendação (UE) 2016/1374 da Comissão, de 27 de julho de 2016, relativa ao Estado de direito na Polónia.

Regulamento (UE) 2020/2094 do Conselho de 14 de dezembro de 2020 que cria um Instrumento de Recuperação da União Europeia para apoiar a recuperação na sequência da crise da COVID-19.

Regulamento (UE) 2021/241 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de fevereiro de 2021 que cria o Mecanismo de Recuperação e Resiliência.

Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 16 de fevereiro de 2022, *Hungria v. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia*, C-156/21.

Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 23 de abril de 1986, *Les Verts*, 294/83.

Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 24 de junho de 2019, *Comissão Europeia contra República da Polónia*, C-619/18.

Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 25 de julho de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores*, C-50/00.

Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 25 de julho de 2018, *Celmer*, C-216/18.

Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16.

V.E.R.A. de Moraes Sarmiento, *A eficácia do artigo 7.º como um instrumento de enforcement do rule of law da União Europeia*, in *Revista do Programa de Direito da UE*, vol. 1, 2021.

Received on 19/04/2024

Approved on 26/05/2024

RECONOCIMIENTO DE LAS VÍCTIMAS DE DESPLAZAMIENTO FORZADO EN LA LEY 1448 DE 2011:

Procesos de revictimización e invisibilización
en la Zona Bananera^{1/2}

Yeraldin Vásquez Polanco³

RESUMEN: Las pugnas territoriales en Colombia han estado en el núcleo mismo del conflicto armado, lo cual ha hecho de este el país con mayor desplazamiento en el mundo. A raíz de sus múltiples afectaciones, como producto de los Acuerdos de Paz el gobierno nacional de ese entonces creó la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (1448 de 2011). No obstante, la delimitación temporal de la misma excluye a una gran cantidad de víctimas que perdieron sus predios antes del 1ero. de enero de 1991, durante la década de los 80 cuando se profundizó el conflicto en el país. En este sentido, el presente artículo busca indagar sobre los alcances y desafíos de la implementación de esta Ley en la Zona Bananera, municipio ampliamente afectado por dinámicas de explotación de recursos naturales, narcotráfico y paramilitarismo, que, por lo demás, cuenta con una población mayoritariamente afrocolombiana, aspecto que supone la aplicación de un enfoque diferencial.

PALABRAS CLAVE: Desplazamiento forzado; Restitución de tierras; Ley 1448 de 2011.

1. Y. V. Polanco, *Reconocimiento de Las Víctimas de Desplazamiento Forzado em La Ley 1448 de 2011: Processos de Revictimización e Invisibilización en la Zona Bananera*, in *Latin American Journal of European Studies*, v. 4, n. 1, 2024, p. 33 et seq.
2. This article was chosen as the best piece presented at the VII Jean Monnet Network BRIDGE Workshop on "Rule of Law in Latin America and Europe" by the event's Organizing Committee. This workshop is part of the Jean Monnet Network Policy Debate "BRIDGE Watch" Project, co-financed by the Erasmus+ Programme of the European Commission.
3. Comisión de la Verdad, Informe Final: *Hasta la guerra tiene límites. Violaciones de los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario y responsabilidades colectivas*, disponible en <https://www.comisiondelaverdad.co/hasta-la-guerra-tiene-limites>.

RECOGNITION OF VICTIMS OF FORCED DISPLACEMENT IN LAW 1448 OF 2011: REVICTIMIZATION AND INVISIBILIZATION PROCESSES IN THE BANANA ZONE

ABSTRACT: Territorial struggles in Colombia have been at the very core of the armed conflict, which has made this the country with the greatest displacement in the world. As a result of its multiple effects, as a product of the Peace Agreements, the national government of that time created the Victims and Land Restitution Law (1448 of 2011). However, its temporal delimitation excludes a large number of victims who lost their properties before the 1st. January 1991, during the 1980s when the conflict in the country deepened. In this sense, this article seeks to investigate the scope and challenges of the implementation of this Law in the Banana Zone, a municipality widely affected by dynamics of exploitation of natural resources, drug trafficking and paramilitarism, which, moreover, has a population majority Afro-Colombian, an aspect that requires the application of a differential approach.

KEY-WORDS: Forced displacement; Land restitution; Law 1448 of 2011.

SUMARIO: Introducción; 1. El desplazamiento forzado: la cara oculta del conflicto; 1.1 Entre el subregistro y la arbitrariedad; 1.2 El desplazamiento y la población afrocolombiana; 2. La Ley de Restitución de Tierras en el marco de la Justicia Transicional en Colombia; 2.1 Marco normativo internacional; 3. El caso de la Zona Bananera; 3.1 Las pugnas por el territorio; 3.2 Caracterización socioeconómica de la Zona Bananera; 3.3 Situación social; 3.4 Registro de víctimas; Consideraciones Finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN

El desplazamiento forzado se ha posicionado como una de las violaciones a los Derechos Humanos más devastadoras del conflicto armado colombiano. Usado como instrumento para el despojo y la captación de tierras por parte de grupos armados, ha sido sistemático y ha permanecido desde hace décadas; de acuerdo con la Comisión de la Verdad entre 1985 y 2019 se calculan

aproximadamente 7.752.964 víctimas por este hecho, lo que ubica a Colombia con la mayor migración interna y desplazada del mundo.⁴

Pese a su impacto, el reconocimiento institucional de este fenómeno ha sido paulatino y relativamente reciente, puesto que fue hasta 1995 cuando el gobierno lo catalogó como una problemática extendida en el territorio nacional y empezó a establecer políticas para mitigarlo y brindar garantías a las víctimas.⁵ Posteriormente, con la firma de los Acuerdos de Paz entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el gobierno de Juan Manuel Santos, se creó la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448 de 2011), con el fin de atender, asistir y reparar a las víctimas, al respecto la Agencia Presidencial para Acción Social y la Cooperación Internacional lo define como: “un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas [...] que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales”.

No obstante, aunque la restitución de tierras es uno de los ejes principales de la Ley, se instauró una delimitación temporal arbitraria que excluye a las víctimas de desplazamiento forzado que fueron despojadas antes del 1 de enero de 1991. En este sentido, el objetivo de este artículo es indagar sobre el reconocimiento de

-
4. U. Oslender, *La banalidad del desplazamiento: de peleas estadísticas y vacíos en la representación étnica del conflicto armado en Colombia*. Universitas humanística, 2010, p. 69 et seq.
 5. Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), *Geovisor de Autorreconocimiento Étnico*, disponible en www.geoportal.dane.gov.co/geovisores/sociedad/autorreconocimiento-etnico/.

las víctimas de desplazamiento forzado, analizar la incidencia de dicha delimitación y evaluar alcances específicos para el caso de la Zona Bananera (Magdalena), haciendo énfasis en la situación de la población afro, la cual ha sido invisibilizada históricamente y cuenta con una alta presencia demográfica en el municipio.

Para ello, en un primer momento se abordará el fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia; luego se expondrán las tensiones alrededor de la delimitación temporal de la Ley 1448 de 2011 para el reconocimiento de las víctimas de esta vulneración, en contraste con las disposiciones normativas nacionales e internacionales que protegen a las personas que han sufrido este flagelo en el marco de conflictos internos, especialmente a aquellas que pertenecen a comunidades étnicas. Posteriormente, se ahondará en el caso de la Zona Bananera, municipio ampliamente afectado por la incursión de grupos armados, el despojo, la agroindustria y por múltiples deficiencias estructurales que persisten y que perjudican a sus pobladores, de los cuales al menos el 44.46% se identifican como afrocolombianos.⁶ Finalmente, se compartirán las conclusiones y algunas recomendaciones para la implementación de las medidas de reconocimiento, reparación y no repetición en miras de una paz total.

En cuanto a lo metodológico, la presente investigación se ubica en un enfoque mixto al recopilar, analizar e integrar datos cualitativos y cuantitativos para identificar los alcances que ha tenido la Ley de Restitución de Tierras frente a la garantía de los Derechos Humanos de las víctimas de desplazamiento forzado,

6. Comisión de la Verdad, Informe Final: *Hasta la guerra tiene límites*, cit.

haciendo hincapié en el enfoque diferencial étnico; además, se parte de un paradigma exploratorio y descriptivo. Para ello, se tendrán en cuenta los datos reflejados por el Registro Único de Víctimas (RUV), la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), la Unidad de Restitución de Tierras, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), los informes del Centro Nacional de Memoria Histórica y de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV), y el marco normativo correspondiente.

1. EL DESPLAZAMIENTO FORZADO: LA CARA OCULTA DEL CONFLICTO

El desplazamiento forzado ha sido una vulneración a los Derechos Humanos que tiene una larga data en la historia colombiana. Como se mencionó anteriormente, fue hasta mediados de los 90 cuando se reconoció como tal por el Estado; sin embargo, y teniendo en cuenta que las pugnas por el territorio están en el núcleo del conflicto, este fenómeno puede rastrearse desde finales del siglo XIX con los procesos de colonización y expansión del capital que se llevaron a cabo en grandes extensiones de tierra fértil y útil para los intereses económicos de multinacionales, empresas nacionales, élites locales y grupos armados.⁷

Desde la violencia política de principios del siglo XX, pasando por el narcotráfico, la agroindustria, la ganadería y la minería, han sido múltiples las motivaciones que han impulsado los procesos de desterritorialización y desarraigo, de los cuales las poblaciones

7. Comisión de la Verdad, Informe Final: *Hasta la guerra tiene límites*, cit.

rurales del país se han visto especialmente afectadas. Según lo expuesto por el Informe Final de la Comisión de la Verdad en el tomo *Hasta la guerra tiene límites. Violaciones de los Derechos Humanos, infracciones al derecho internacional humanitario y responsabilidades colectivas*, el 63,6% de las víctimas de desplazamiento son campesinas. Del mismo modo, las repercusiones sobre las comunidades étnicas han sido mayores, siendo la población afrocolombiana la más afectada con un 77% del total étnico.

El desplazamiento forzado, que constriñe a personas o grupos de personas a dejar su predio por la fuerza, no solo tiene efectos negativos sobre el patrimonio, sino que perjudica todas las dimensiones de vida de los sujetos y colectividades, al generar rupturas con el entorno y en la identidad misma, amenazando las prácticas, las costumbres y las culturas propias de las víctimas. Por otra parte, la migración a las grandes urbes, por lo general a sus periferias, implica un incremento de los niveles de vulnerabilidad, lo que puede derivar en violaciones de sus derechos y una revictimización constante.⁸

A pesar de su permanencia en el tiempo y de lo evidente que es, el desplazamiento se ha normalizado en la sociedad colombiana. Por un lado, la omisión institucional desencadenó un subregistro de los casos que, al día de hoy, impide dimensionar adecuadamente el fenómeno; por otro, las personas desplazadas se han convertido en parte del paisaje urbano y se ha asumido que esas son las condiciones "normales" en un país como Colombia, lo que ha impedido que sean reconocidas como víctimas, que se garanticen

8. U. Oslender, *La banalidad del desplazamiento*, cit., p. 139.

sus derechos y que se visibilicen todas las afectaciones que han sufrido. Estos dos factores han colaborado en la *banalización del desplazamiento*, es decir en la irreflexión sobre esta cruda realidad, tal como lo afirma Oslender.⁹

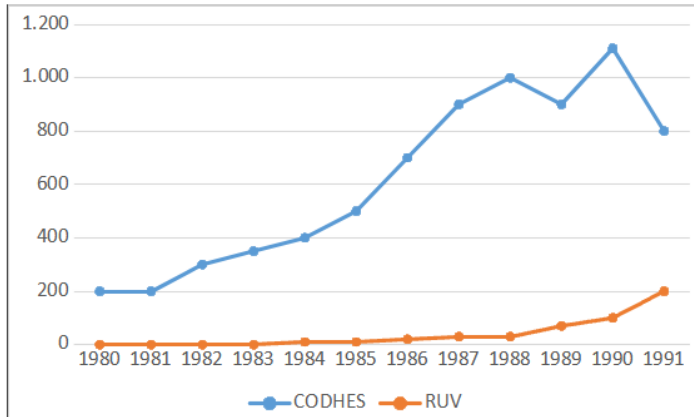
1.1. Entre el subregistro y la arbitrariedad

El conteo de los casos de desplazamiento forzado en Colombia ha tenido varios obstáculos, entre los que se destacan la ausencia de un registro oficial hasta el año 1995, la no aceptación de solicitudes, el no registro por causas como el miedo a retaliaciones y falencias en la recaudación de los datos. No obstante, información recogida por ONG's como la CODHES, permite identificar el número de casos desde 1980 y, en comparación con el Registro Único de Víctimas (RUV), es notable la gran diferencia sobre el comportamiento de dicho fenómeno, específicamente en la década de los años 80 y principios de los 90 cuando no existían los registros oficiales.¹⁰

9. Centro Nacional de Memoria Histórica, *Una nación desplazada: Informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia*, disponible en <https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2015/nacion-desplazada/una-nacion-desplazada.pdf>.

10. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-250 de 2012, p. 17.

Figura 1. Registro del RUV vs estimaciones CODHES sobre el desplazamiento forzado en Colombia (1980-1991)



Fuente: Elaboración propia (2022) a partir de información obtenida de RUV y CODHES

Aunque el desplazamiento ha venido aumentando desde la época de La Violencia, los registros con los que se cuenta datan de la década de los 80 y, efectivamente, permiten comprender la magnitud de los hechos. Aun así, en los artículos 3 y 75 de la Ley de Restitución de Tierras, definió las víctimas que pueden regresar a sus tierras a partir de una fecha, por lo que solamente aquellas que hayan sufrido de desplazamiento forzado a partir del 1º de enero del año 1991 hasta el término de vigencia de la ley pueden solicitar las medidas de restitución jurídica de sus tierras. Con lo anterior, las personas víctimas antes del 1º de enero del año 1991 solo reciben una manifestación simbólica y sin proceso de individualización.

Ante esta medida, ciudadanas, organizaciones y corporaciones de víctimas presentaron demandas a través de la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, como se puede observar en las Sentencias C-052 de 2012, C- 250 de 2012, C-781

de 2012, C-253 A de 2012, C-715 de 2012, C-280 de 2013, C-462 de 2013, ateniéndose a lo resuelto en la sentencia C-253 A de 2012 como reiteración jurisprudencial al evidenciar que estaban siendo demandadas frecuentemente los mismos artículos 3 y 75 de la ley 1448 de 2011.

En las demandas presentadas se expresa que la norma es desigual y discriminatoria, puesto que invisibiliza al menos diez años en los que se presentaron cientos de casos de desplazamiento forzado, lo cual impide la garantía del derecho a la restitución de tierras de un grupo de víctimas en función de la fecha del perjuicio sufrido. Se argumenta que la diferenciación temporal resulta revictimizante, al impedir que las personas que padecieron estas vulneraciones antes del 1º de enero del año 1991 accedan a las medidas de reparación consignadas en la Ley, a pesar de que el recrudecimiento del conflicto tiene su punto de partida a principios de la década de los 80.

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional indicó que la delimitación surgió en una reunión sostenida en el Palacio de Nariño con voceros de todos los partidos, los ministros, y en presencia del señor Presidente de la República y del Vicepresidente Angelino Garzón, quien solicitó que fuera el año 1991 en el que iniciara el reconocimiento de las víctimas de desplazamiento forzado, en conmemoración de la nueva Constitución de Colombia.¹¹ Cabe anotar que, si bien este fue un hecho histórico para el país, no hay coherencia entre la fecha y el periodo temporal en el que se ha presentado esta violación de Derechos Humanos.

11. Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-250, *cit.*, p. 24

Por otro lado, la Corte Constitucional en Sentencia C- 250/2012,¹² expresó que la fecha no ha sido arbitraria porque teniendo en cuenta las cifras del INCODER, mencionan que los despojos sucedieron desde 1997 y que anterior a ese año solo se producía esporádicamente en un estimado del 3%, posteriormente entre 1991 y 2010; mencionan que hay un alza en las solicitudes de protección, pero que sería desde 2005 que comenzaría este fenómeno.

Sin embargo, lo señalado anteriormente por la Corte Constitucional es completamente lo opuesto a lo manifestado en la Sentencia T-025/2004,¹³ en el que destacan que fue en la década de los años ochenta el problema del desplazamiento forzado interno en Colombia adquirió una nueva dimensión representada por *"afectar a grandes masas poblacionales"* y por ello instauraría el año 1980 como punto de inicio de su *"dinámica actual"*. Asimismo, el subregistro y la ausencia de datos oficiales antes de 1995 hacen inviable dicha afirmación.

1.2. El desplazamiento y la población afrocolombiana

Desde la Constitución de 1991 se reconoce que Colombia es un país multicultural y pluriétnico, buscando visibilizar, proteger y garantizar los derechos de las comunidades. En el caso específico de las y los afrocolombianos, según lo señalado en censo del 2018, se registraron 2.982.224 personas pertenecientes a los pueblos negros; no obstante, el DANE evidenció errores, por lo que se

12. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T -025 de 2004, p. 49.

13. Comisión de la Verdad, Informe Final: *Hasta la guerra tiene límites*, cit.

presume que la población afro del país llegue a los 4.433.528, el equivalente al 9,18% de la población nacional.¹⁴

Es pertinente mencionar que los logros que se obtuvieron con la Constitución del 91 estuvieron precedidos por una serie de luchas que tienen su raíz en la base colonial de la nación colombiana. De este modo, desde la década de los 80 se adelantó un proceso de etnización de la comunidad negra por medio de acciones sociales y comunitarias, la promoción de los derechos identitarios y territoriales, de las vulnerabilidades y las condiciones estructurales.¹⁵

En el campo jurídico, además de la Constitución se crearon la Ley 70 de 1993 que establece como principios la diversidad étnica, el respeto por la dignidad cultural de las comunidades negras, la garantía de su participación y autonomía, y el cuidado medioambiental basado en las relaciones que han establecido estas comunidades con la naturaleza—, la Sentencia T-025 de 2004 —en la que se hizo evidente el mayor grado de vulnerabilidad de las comunidades afro en el desplazamiento forzado—, y a partir de estas dos normativas se adoptó el auto 005 de 2009 “*con el objeto de proteger los derechos fundamentales de las comunidades afro colombianas afectadas por el desplazamiento forzado interno*”.

Dentro de los derechos que amparan estas normas están el derecho al uso de la tierra, protección al medio ambiente; a licencias especiales para la explotación minera; a la protección; al fomento del desarrollo económico y social; y al cumplimiento de

14. E. Restrepo, *Biopolítica y alteridad: dilemas de la etnización de las colombianas negras. Conflicto e (in)visibilidad. Retos en los estudios de la gente negra en Colombia*, Cali: Editorial Universidad del Cauca, 2004, p. 271 et seq.

15. Corte Constitucional de Colombia, Auto de Seguimiento 005 de 2009.

las garantías consignadas en el derecho internacional humanitario. En lo que respecta al auto 005 de 2009, se establece tres factores que inciden en la mayor vulnerabilidad de estas comunidades ante el vejamen del desplazamiento forzado: 1) exclusión estructural, marginación y vulnerabilidad; 2) presencia de economías legales e ilegales en territorios que han impulsado el despojo; 3) baja protección jurídica de los territorios, lo que fortalece la irrupción de grupos armados. Además, presenta los riesgos a los cuales están sujetas las comunidades, vinculados con derechos territoriales, estructura social y cultural, agudización de la violencia y crisis humanitaria, atención y protección, discriminación racial, seguridad alimentaria, participación, seguridad y dignidad.

Pero además del impacto que genera el desplazamiento forzado sobre los derechos individuales de los miembros las comunidades afrocolombianas, los fenómenos del desplazamiento forzado, del confinamiento y de la resistencia tienen un impacto desproporcionado sobre los derechos colectivos de estas comunidades y sobre su posibilidad de supervivencia cultural. El conflicto armado interno y la presión de los proyectos agrícolas y mineros en los territorios ancestrales, ha generado el reordenamiento de los territorios colectivos y de las posibilidades de participación de las autoridades comunitarias, que rompe la integridad y la autonomía territorial del pueblo afrocolombiano. A estas presiones se suma la debilidad de los mecanismos de protección y a la inaplicación de algunos de los derechos reconocidos a los afrocolombianos. Esta situación ha generado la violación de los derechos territoriales, a la participación y a la autonomía, a la identidad cultural, al desarrollo en el marco de sus propias aspiraciones culturales, y a la seguridad y soberanía alimentaria, además de sus derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales.¹⁶

Cuantificar los impactos del desplazamiento en las comunidades afrocolombianas también ha supuesto grandes retos. Al hecho de

16. U. Oslender, *La banalidad del desplazamiento*, cit., p. 139.

que hasta 1995 se crearon bases de datos oficiales, se sumó que no fue sino hasta el 2004 cuando se incorporaron las preguntas relacionadas con pertenencia étnica, lo que dificulta determinar con exactitud el número de víctimas afro por desplazamiento forzado en el país desde la década de los 80.¹⁷ Sin embargo, la Comisión de la Verdad estima que al menos 1.053.459 personas afrocolombianas, negras, raizales o palenqueras han sido víctimas de esta vulneración.¹⁸ Con respecto a ello afirman:

El racismo estructural es uno de los factores que explican la violencia política en estos territorios, así como las diferentes oleadas de colonizaciones, la instalación de economías extractivas (incluidos los cultivos de uso ilícito) y la reiterada presencia de actores armados. Además de los efectos obvios en lo individual y familiar, las comunidades étnicas reciben impactos diferenciales en lo cultural, en su identidad y en la relación con la naturaleza.¹⁹

Teniendo en cuenta las afectaciones desproporcionadas del desplazamiento forzado en las comunidades afro, junto con la Ley 1448 de 2011 se firmó el Decreto 4635 de 2011 que determina las medidas de atención y restablecimiento de derechos de las personas afrocolombianas, raizales y palenqueras que hayan sufrido vulneraciones desde el 1ero. de enero de 1985, considerándolas sujetos de especial protección.

17. Comisión de la Verdad, Informe Final: *Resistir no es aguantar. Violencias y daños contra los pueblos étnicos de Colombia*, disponible en <https://www.comisiondelaverdad.co/resistir-no-es-aguantar>.

18. Comisión de la Verdad, Informe Final: *Resistir no es aguantar*, cit., p. 412.

19. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-159 de 2011.

2. LA LEY DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

La restitución de tierras es considerada un derecho primordial en el país, de acuerdo la Corte Constitucional en su Sentencia T-159 de 2011. Es así como de se debe velar por el derecho a la reparación a todas esas víctimas que han sido revictimizadas y que han transcurrido en una ola de violaciones de sus derechos. En este sentido, la Corte reconoció la importancia de la restitución y explotación de la tierra de todas las personas víctimas de ese flagelo que se vieron forzados a huir por causa del conflicto.²⁰

La Ley 1448 de 2011 está compuesta por elementos característicos de la justicia transicional en donde se reconoce la existencia del conflicto, se busca transformar esas condiciones y brindar garantías a las víctimas, dignificándolas a través de la materialización de sus derechos. De esta manera, se crea una estructura administrativa y judicial para que las víctimas de desplazamiento por razones del conflicto, puedan acceder a la restitución de sus tierras acorde a los requerimientos.

El tránsito hacia la paz exige, por ende, el cumplimiento integral de las disposiciones normativas, teniendo como eje fundamental la defensa de los derechos de las personas que han sido atropelladas sistemática y estructuralmente durante el conflicto armado. De lo contrario, la violencia persistirá generando una *paz negativa*, en la que las hostilidades permanecen sin cambios reales de las condiciones de base que propulsan el conflicto. Cabe cuestio-

20. P.C. Angulo, y D.F. Barreto, *Estándares internacionales de DD.HH. en el proceso de restitución de tierras en Colombia: Restitución para la paz*. Editorial Planeta Colombiana S. A., 2020, p. 147.

narse entonces si las medidas arbitrarias como la selección de un periodo temporal basado en conmemoraciones nacionales y no en la realidad de las víctimas aporta en la construcción de paz o, a la inversa, profundizan las desigualdades y violaciones de los derechos fundamentales de quienes han sido históricamente vulnerados.

2.1 Marco Normativo Internacional

El proceso de restitución de tierras encuentra soporte en la normatividad internacional convencional de DD.HH; 1, 2, 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 1, 2, 8, 21, 24, 25 y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 2,3, 9, 10, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en aquellos de carácter consuetudinario los Principios Deng, y los Principios *Pinheiro*, relacionados con la Restitución de Viviendas y Patrimonio de los Desplazados Internos y Refugiados.²¹

Según los Principios *Pinheiro*, los cuales son una gran aportación en procesos de este tipo, ya que establecen que en ninguna clase de proyectos de desarrollo ni en los conflictos internos se puede permitir que se adquieran tierras de forma ilegal, ni que eso conlleve a desplazar hogares. Siguiendo la costumbre internacional reconocen la esencia de la restitución, la propiedad o el patrimonio como un tema de relevancia para todos los estados y organismos,

21. FAO, IDMC, OCHA y UNHCR, *Manual sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de Refugiados y Personas Desplazadas*, Aplicación de los Principios de Pinheiro, disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/pinheiro_principles_sp.pdf.

debido a que lograr su garantía permite que se pueda lograr la paz y desarrollo sostenible.²²

Por otra parte, no se puede generar un trato desigualitario entre sujetos de especial protección y con condiciones extremas de vulnerabilidad, se debe incluir a todos y todas tanto legalmente como en la práctica. En ese escenario concreto la restitución cobra relevancia dado que muchas situaciones de desplazamiento tienen su causa en la discriminación intencionada, especialmente hacía las minorías.

Dentro de los Principios también se encuentran el derecho a la igualdad; a la protección y asistencia humanitaria; a la prevención de estas vulneraciones; a la garantía de condiciones dignas en salubridad, educación, alimentación; a la atención diferencial por parte de los Estados a grupos minoritarios y étnicos; a la dignidad e integridad física; a la libertad de circulación y residencia; a garantías de retorno; entre otros.

3. EL CASO DE LA ZONA BANANERA

La Zona Bananera, entidad territorial independiente desde 1999, situado en el departamento de Magdalena, norte de Colombia, entre la Sierra Nevada y el ecosistema de la Ciénaga Grande de Santa Marta. Limita por el norte con el municipio de Ciénaga, al sur con el municipio de Aracataca, al oriente con el municipio de Ciénaga y al Occidente con el municipio de Pueblo Viejo. Su

22. Cinep/Programa por la paz. *Entre banano, palma y violencias en la zona bananera de Magdalena. Estudio de caso territorial sobre las afectaciones sociales, económicas y ambientales por banano y palma en la Zona Bananera.* Bogotá D.C., 2018, Oficina de publicaciones Cinep/PPP., p. 24 et seq.

población es mayoritariamente rural y desde principios del siglo XX la actividad económica que ha predominado ha sido la siembra de productos agrícolas para exportación, específicamente de banano y de palma africana.²³

En cuanto a la composición étnica, en el censo del 2005 el 25.11% de la población se identificaba como afrocolombiana, el 0.12% como indígena y el 74.77% manifestó no pertenecer a ningún grupo étnico. No obstante, los datos que arrojó el censo del 2018 evidencia un incremento significativo de la población afro que pasó al 44.46%; los indígenas representan el 0.45% de la muestra, los palenqueros el 0.01% y el 55.08% no cuentan con pertenencia étnica. De este modo, se puede afirmar que casi la mitad de la población se reconoce como afro y que, a partir de lo discutido en apartados previos, es probable que en años anteriores se haya presentado un subregistro para esta población por las deficiencias en la recolección de datos.

Al respecto, Olivero plantea que históricamente se ha invisibilizado la presencia de las comunidades negras en la Zona Bananera, a pesar de que han habitado el territorio magdalenense desde la colonia en el siglo XVI y que los flujos migratorios desde departamentos como Bolívar y La Guajira, e incluso desde las Antillas, aumentaron en el siglo XX con la explotación agraria de la región²⁴. Del mismo modo, el CINEP/PPP también expone que, pese

23. O. Pavajeau, *Presencia negra en la zona bananera del Magdalena: invisibilidad de una permanencia*. En E. R. (ed), *Conflicto e (in)visibilidad. Retos en los estudios de la gente negra en Colombia*, Cali: Editorial Universidad del Cauca, 2004, p. 209-217.

24. Cinep/Programa por la paz, *Entre banano, palma y violencias en la zona bananera de Magdalena*, cit.

al significativo número de personas afro, este elemento no se ha abordado de manera significativa en los estudios sobre la región.²⁵

Para efectos de este artículo, en los próximos apartados relacionados con el conflicto armado y el desplazamiento en la Zona Bananera, se tendrá en cuenta este factor diferencial, puesto que la vulneración de derechos se ve atravesado por la condición racial y supone condiciones de especial protección para las víctimas y para el abordaje y aplicación de la Ley 1448 de 2011 en este territorio.

3.1. Las pugnas por el territorio

Desde el siglo XIX en diferentes países, especialmente del Sur Global, se promovieron políticas de expansión económica que implicaron procesos de estatalización y posterior colonización de tierras baldías para su explotación por parte de empresarios extranjeros y nacionales, lo cual favorecía a las élites políticas y económicas de las regiones que aprovecharon la poca definición de los derechos sobre la tierra.²⁶ En Colombia este fenómeno produjo un mayor interés en el sector agrícola, por lo que la inversión extranjera se volcó a la producción de frutas tropicales, tabaco, cacao, entre otros. La Zona Bananera fue una de las regiones en donde se dio este proceso, germen de la violencia que se desencadenaría más adelante:

La dinámica de adjudicación de baldíos se mantendría durante la segunda mitad del siglo XIX. Rafael Reyes, presidente de

25. L.Veracini, *Colonialism, Frontiers, Genocide: Civilian-Driven Violence in Settler Colonial Situations*. En M. A. (ed.), *Civilian-Driven Violence and the Genocide of Indigenous Peoples in Settler Societies*. 2020, Cape Town: University of Cape Town.

26. Cinep/Programa por la paz, *Entre banano, palma y violencias en la zona bananera de Magdalena*. cit., p. 120 et seq.

Colombia y llamado por algunos como "el modernizador", utilizaría dicha adjudicación como forma de clientelismo político, favoreciendo, por un lado, a sus compañeros conservadores y, por otro, para tener de su lado a políticos del bando contrario [...]. De este modo, la explotación de productos selváticos y la exportación de productos como tabaco, cacao y, finalmente, banano se dio sin mayores inconvenientes. Las empresas agrícolas con tales cultivos eran dirigidas en su mayoría por empresarios extranjeros.²⁷

Dentro de estas empresas extranjeras, la *United Fruit Company* fue la que mayor incidencia tuvo al ejercer un control territorial y de la vida social, imponiendo el interés empresarial y privado sobre el público, apropiándose incluso de las fuentes hídricas, y brindando condiciones laborales indignas que motivarían la organización sindical. Durante las manifestaciones del 5 y 6 de septiembre de 1928, las exigencias obreras terminarían en la represión brutal, en la llamada *Masacre de las Bananeras*.

A partir de los 60, el panorama productivo del municipio cambió paulatinamente. Por un lado, iniciaba el auge del cultivo y comercialización de marihuana llamado la *bonanza marimbera*, que ya dejaba entrever los corredores estratégicos para el transporte de sustancias psicoactivas y agudizaba las pugnas entre guerrillas y grupos paramilitares por el control territorial. Por otra parte, los precios del banano cayeron e iniciaron las plantaciones en el Urabá, por lo que los cultivos de banano empezaron a ser reemplazados desde los 80 por la palma africana. Estas transformaciones dieron paso a actores armados que se vinculaban con las nuevas economías y protegían sus intereses, desplegando repertorios de

27. C. Rey, *Análisis espacial de la correlación entre cultivo de palma de aceite y desplazamiento forzado en Colombia*. Cuadernos de Economía, 2013, p. 683 et seq.

violencia que han generado grandes afectaciones en la población zonera²⁸.

Por el contrario, el conflicto armado no tuvo efectos negativos sobre la producción de estos monocultivos que se extienden sobre la mayor parte del municipio, por lo que el control ejercido por grupos armados, especialmente paramilitares, benefició a los grandes terratenientes y empresarios. De hecho, coincide con la formulación de políticas que promovían el cultivo de palma por medio de beneficios económicos; sumado a lo anterior, el paramilitarismo desde su lógica contrainsurgente ejerció violencia política, sometiendo a los sindicalistas y aniquilando a cualquiera que pudiera ser considerado colaborador de la guerrilla, y de paso liberó a las empresas de exigencias por la dignidad laboral.

En este sentido, se argumenta que las alianzas explícitas pudieron surgir en la medida en que los empresarios se vincularon con actores armados ilegales, para apropiarse de tierras y responder así a la demanda que generaba el aumento de los precios internacionales del aceite de palma. Las relaciones implícitas, por su parte, indican que los empresarios no tuvieron como objetivo desplazar a la población campesina, pero sí se aprovecharon de la situación para ampliar sus predios, cerrar caminos tradicionales y, en general, adquirir tierras a bajo costo.²⁹

Con la llegada de la palma africana se produjeron impactos en la vida social, cultural y ambiental de las y los zoneros. El incremento del área cultivada, que se duplicó en diez años (1996-2006), aumentó en un 300% el desplazamiento ante la poca presencia

28. Cinep/Programa por la paz. *Entre banano, palma y violencias en la zona bananera de Magdalena*, cit., p. 42 et seq.

29. J. Goebertus, J. *Palma de aceite y desplazamiento forzado en Zona Bananera: "trayectorias" entre recursos naturales y conflicto*. Editorial Colombia Internacional, 2008, p. 67.

estatal, los vínculos entre actores armados y terratenientes produjeron un crecimiento sostenido de las extorsiones, los despojos, las amenazas y los desplazamientos durante ese periodo de tiempo, en pro de la obtención de los incentivos que se ofrecieron institucionalmente para la industria palmera.³⁰

Aunado a lo anterior, la sustitución de cultivos también generó fuertes tensiones culturales, sociales y ambientales, puesto que: a) la identidad de los pobladores se sustenta en la industria bananera; b) los cultivos de palma requieren mucha menos mano de obra que la de banano, lo cual ha traído alzas en el nivel de desempleo; c) la seguridad alimentaria se ha visto amenazada, ya que el banano representaba un eslabón importante en la alimentación local, en cambio el corozo no es comestible; d) la captación de los recursos hídricos por parte de los grandes terratenientes deja desprovista de agua a la zona baja del municipio, por lo que los campesinos no tienen más opción y deben cultivar palma, ya que esta es resistente a las sequías y a las condiciones extremas; e) el efecto contaminante de los monocultivos ha dañado las fuentes hídricas, expone a los habitantes a agroquímicos e infertiliza los suelos. Aunque el banano también resulta muy dañino, la adherencia cultural hace que sus impactos sean socialmente más aceptados que los de la palma, la cual ha sido ampliamente rechazada por la población.³¹

En síntesis, se puede afirmar que la Zona Bananera es un municipio con una alta concentración de tierras en manos de

30. Cinep/Programa por la paz, *Entre banano, palma y violencias en la zona bananera de Magdalena*. Cit., p. 36 et seq.

31. S. Kalmanovitz, S. *Economía y Nación. Una breve historia de Colombia*. Bogotá: Editorial Siglo XXI. 2001, p. 25.

una minoría empresarial y política, que cuenta con una historia de despojo que se remonta al siglo XIX y que ha priorizado los intereses económicos sobre las necesidades sociales, culturales y ambientales de la población. El uso de la tierra, la apropiación ilegal de recursos naturales vitales como el agua y la exclusión, han impedido que los campesinos de la región cuenten con garantías mínimas para desarrollar una vida digna, ampliando las brechas, la inequidad y la violencia.³²

3.2. Caracterización socioeconómica de la Zona Bananera³³

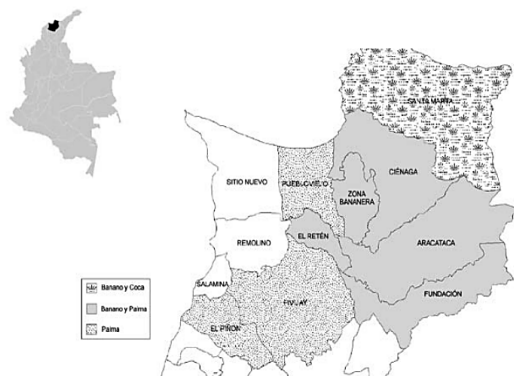
- » Categoría: 6
- » Población: 60.941 habitantes.
- » Distribución: 93% de la población viven en la Zona Rural
- » 7% en la Cabecera Administrativa de la vereda Prado, Sevilla, en la que se encuentra la Alcaldía, una biblioteca, un hospital y una estación de policía.
- » No cuenta con casco urbano
- » Extensión del Territorio: 47.971 hectáreas
- » Conformación: 11 corregimientos y 59 veredas
- » Vocación Agrícola; cultivo de palma de aceite y banano.
- » Para el año 2020 la producción de aceite de palma crudo en el departamento del Magdalena alcanzó las 155.550 toneladas (9,98 % de la producción nacional).
- » Área de palma de aceite sembrada en el departamento: 46.739 hectáreas

32. Alcaldía Municipal de la Zona Bananera, *Plan de Ordenamiento Territorial de la Zona Bananera 2020*, disponible en <https://www.zonabananera-magdalena.gov.co/Transparencia/PlaneacionGestionyControl/Plan>.

33. J.P Jaimes, *Desplazamiento forzado y Derechos Humanos*. Editorial Universidad de Granada, España, 2014, p. 44 et seq.

- » Área de hectáreas de palma de aceite en producción en el departamento: 45.838 hectáreas

Figura 2. Cultivos de mayor predominio en el departamento del Magdalena



Fuente: J. Goebertus, *Palma de aceite y desplazamiento forzado en Zona Bananera*, cit.

Por otro lado, el 15.13% del área total del municipio se encuentra en sobreutilización; lo que quiere decir que dicha tierra ha excedido su capacidad natural de producción de utilización, en pocas palabras se ha sobreexplotado ocasionando graves daños y amenazas ambientales. Así mismo, el 20.13% del área está subutilizada, quiere ello decir que el uso del suelo no es agudo por ende, no tiene un provecho social ni económico para suministrar algún recurso o alimento a la población.

Finalmente se establece que el uso forestal protector es muy bajo, teniendo en cuenta su importancia en la subsistencia de las cuencas y fuentes hídricas, especialmente en la parte alta del municipio.

3.3. Situación social

- » Porcentaje de Pobreza: el 43,8 % de la población se encuentra en situación de pobreza extrema.
- » El municipio no cuenta con alcantarillado.
- » Tasa de analfabetismo: para el año 2018 fue de 22,2%.

3.4. Registro de víctimas

Según el RUV, en la Zona Bananera se han registrado 44.964 víctimas a corte del 31 de mayo de 2023, de las cuales 41.575 (92.46%) fueron víctimas de ocurrencia del hecho victimizante del desplazamiento forzado, 21.561 declararon ante el Ministerio Público de la región y solo 20.747 son consideradas sujetos de atención. Es decir, al menos 20.848 —que equivale a más de la mitad de las víctimas— no accederán efectivamente a las medidas de atención y reparación.

En contraste, de acuerdo con las estadísticas de solicitudes de restitución alojadas en la Plataforma Nacional de Datos Abiertos de Colombia, en la Zona Bananera se han registrado únicamente 415 solicitudes sobre 224 predios, presentadas por 366 titulares; sin embargo, dichas cifras se acogen a la Ley 1448 de 2011, por lo que se registran desde el límite temporal establecido, lo que no solo supone la imposibilidad de recuperar las tierras a las víctimas que las perdieron antes de 1ero. de enero de 1991, sino que las revictimiza al no tenerlas en cuenta en los registros.

En la misma plataforma, en el conteo de víctimas por municipio, se registran 4193 víctimas en la Zona Bananera, de las cuales 1310 se identifican como afrodescendientes. De las cifras encontradas,

solo esta contaba con especificación étnica, lo que demuestra las debilidades en el reconocimiento de una población mayoritariamente afro en medio del conflicto armado en la región. De todos modos, estas cifras muestran que un 31,24% de las víctimas son afrocolombianas, por lo que cabe preguntarse si esta tendencia se mantiene en el desplazamiento forzado, lo que podría abrir una posibilidad a las personas afectadas de encontrar mayores garantías de sus derechos amparadas en la categoría de sujetos de atención especial, impugnando incluso la delimitación establecida, puesto que en la Ley 1448 de 2011 es desde el 1ero. de enero de 1991, pero en el Decreto 4635 de 2011 está a partir del 1ero. de enero de 1985.

CONSIDERACIONES FINALES

El desplazamiento forzado en Colombia ha sido el hecho victimizante más persistente y nocivo del conflicto armado. Pese a su permanencia y efectos, la invisibilización de estas vulneraciones se ha llevado a cabo desde el Estado, a través de la ausencia de datos fidedignos, la incapacidad de responder a los requerimientos de las víctimas y del establecimiento arbitrario de límites temporales en marcos legales tan relevantes como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Sin embargo, también se ha promovido desde la ciudadanía, la cual ha normalizado el fenómeno y ha restado importancia a las afectaciones de las víctimas que, más allá de la pérdida patrimonial, deben lidiar con la amenaza a sus costumbres, creencias, prácticas y tejido social.

Se reconoce que las comunidades étnicas son más vulnerables a sufrir este flagelo, puesto que en sus territorios se llevan a cabo

actividades económicas lícitas e ilícitas que no están reguladas adecuadamente por el Estado, sino que están mediadas por grupos armados que ejercen control territorial y social. De este modo, la población civil queda sometida a las prácticas violentas de estas organizaciones que en gran medida, como se ha demostrado ampliamente, han trabajado de manera mancomunada con terratenientes, empresarios y miembros de las élites económicas y políticas de las regiones. No obstante, el subregistro general se agudiza con el étnico (tanto censal como en el RUV), por lo que la invisibilización de los hechos de violencia cometidos contra las poblaciones étnicas es mayor, tal como se evidencia en el caso de las comunidades afrocolombianas, negras, palenqueras y raizales.

En el caso de la Zona Bananera se pueden identificar elementos que han propiciado el desplazamiento forzado y las vulneraciones de los Derechos Humanos: i) alta concentración de tierras por parte de empresarios, terratenientes y élites; ii) explotación desmesurada del suelo y los recursos naturales; iii) acción conjunta entre actores armados y poseedores de tierras; iv) presencia de corredores estratégicos para el narcotráfico; v) población altamente vulnerable, caracterizada por ser mayoritariamente rural y afro, aunque esto último ha sido invisibilizado a costa del tratamiento diferencial al que tienen derecho por normativa constitucional.

Por otra parte, aunque la cantidad de víctimas de desplazamiento forzado equivale al 92,46% del total de las víctimas registradas en el municipio (41.575), solo se han realizado 415 solicitudes de restitución de tierras, lo que equivale a un 0,99% de las víctimas. Una cantidad tan baja de requerimientos lleva a cuestionarse

sobre los motivos por los cuales las personas decidieron no solicitar la garantía de sus derechos de reconocimiento, reparación y no repetición. Esto conduce a la reflexión sobre las condiciones actuales del municipio, el cual presenta altos índices de pobreza y difícil acceso a servicios básicos como la educación, la salud y los servicios públicos. Sumado a esto, la captación de agua por parte de los terratenientes continúa, por lo que en la parte baja del municipio los pobladores más vulnerables no cuentan con el recurso hídrico, lo que dificulta el cultivo de alimentos y refuerza la dependencia a la palma, la cual pone en riesgo su seguridad alimentaria y no representa un ingreso suficiente para tener una vida en dignidad.

De este modo, se vislumbran los deberes omitidos por parte del Estado, debido a que la omisión de sus responsabilidades de protección y garantía de derechos ha desencadenado en hechos victimizantes como el desplazamiento, y los grandes retos que tiene para dar viabilidad efectiva a los procesos de restitución de tierras. Aunque por un lado está el cumplimiento de las disposiciones legales nacionales e internacionales que cobijan a las víctimas de desplazamiento forzado y despojo de tierras, también está el implementar reformas estructurales que, en caso de garantizar el derecho al retorno, brinden oportunidades y condiciones dignas de vida a las personas que se logren acoger a leyes como la 1448 de 2011. No obstante, en el caso de la Zona Bananera, ¿hasta qué punto se podrían equilibrar los intereses privados y los públicos cuando históricamente esa región ha sido explotada en beneficio exclusivo de minorías económicas y políticas?

Finalmente, la visibilidad negra de la región Caribe es pertinente en procesos de restitución de tierras, puesto que puede brindar mayores herramientas legales a las víctimas con razón de su pertenencia étnica. Aunado a esto, es un paso indispensable para la reivindicación y goce de sus derechos plenos, los cuales han sido cruelmente vulnerados durante siglos; hacer notoria la mayoría afro en regiones como la Zona Bananera implica reconocer este factor diferencial y su incidencia en la sistematicidad de las vulneraciones.

REFERENCIAS

- Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional - ACCIÓN SOCIAL. Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Bogotá D.C., 2011.
- Alcaldía Municipal de la Zona Bananera, *Plan de Ordenamiento Territorial de la Zona Bananera*, 2020.
- Bello, M, El desplazamiento forzado en Colombia: acumulación de capital y exclusión social. *Revista Aportes Andinos*, 2003.
- Centro Nacional de Memoria Histórica, *Una nación desplazada: Informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia*. Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015.
- Cinep/Programa por la paz, *Entre banano, palma y violencias en la zona bananera de Magdalena. Estudio de caso territorial sobre las afectaciones sociales, económicas y ambientales por banano y palma en la Zona Bananera*. Bogotá D.C.: Oficina de publicaciones Cinep/PPP, 2018.
- CODHES, *Desplazamiento creciente y crisis humanitaria invisibilizada*. Bogotá D.C.: CODHES, 2010.
- Comellas-Angulo, P. y Fernández-Barreto, D, Estándares internacionales de DD.HH. en el proceso de restitución de tierras en Colombia: Restitución para la paz. En Cano-Cuevas, D. Y Hernández-Cubides, J., *Diálogos: desarrollo sostenible a través de los Derechos Humanos y el territorio en el marco de conflicto armado colombiano*. Editorial Planeta Colombiana S. A., 2020.
- Comisión de la Verdad, *Hasta la guerra tiene límites. Violaciones de los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario y responsabilidades colectivas*. Obtenido de <https://www.comisiondelaverdad.co/hasta-la-guerra-tiene-limites>, 2022.
- Comisión de la Verdad, *Resistir no es aguantar. Violencias y daños contra los pueblos étnicos de Colombia*, 2022.

- Congreso de la República de Colombia (1993, 27 de agosto). *Ley 70 de 1993*, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4404.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia (2004). *Sentencia T-025 de 2004*, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (2009). *Auto 005 de 2009*, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a005-09.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (2011). *Sentencia T-159 de 2011*, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-159-11.htm#:~:text=Las%20v%C3%ADctimas%20del%20desplazamiento%20forzado,masiva%20de%20sus%20derechos%20fundamentales.>
- Corte Constitucional de Colombia (2012). *Sentencia C- 250 de 2012*, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-250-12.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (2012). *Sentencia C-052 de 2012*, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-052-12.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (2012). *Sentencia C-253 A de 2012*, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-253A-12.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (2012). *Sentencia C-715 de 2012*, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-715-12.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (2012). *Sentencia C-781 de 2012*, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-781-12.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (2013). *Sentencia C-280 de 2013*, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-280-13.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (2013). *Sentencia C-462 de 2013*, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-462-13.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978, 18 de julio). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf
- DANE. (s.f.). *Geoportal del DANE - Geovisor de Autorreconocimiento Étnico*. Obtenido de <https://geoportal.dane.gov.co/geovisores/sociedad/autorreconocimiento-etnico/>
- FAO, IDMC, OCHA y UNHCR, *Manual sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de Refugiados y Personas Desplazadas.*, 2007.
- Goebertus, J, Palma de aceite y desplazamiento forzado en Zona Bananera: "trayectorias" entre recursos naturales y conflicto. *Colombia Internacional*, 67, 152-175, 2008.
- Jaimes, J. P, Desplazamiento forzado y Derechos Humanos. [Tesis de Doctorado] Universidad de Granada, 2014.
- Kalmanovitz, S, *Economía y Nación. Una breve historia de Colombia*. Bogotá: Siglo XXI, 2001.

Ministerio del Interior (2011, 9 de diciembre). *Decreto 4635 de 2011*, disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44984>

Olivero Pavajeau, C. M, Presencia negra en la zona bananera del Magdalena: invisibilidad de una permanencia. En E. R. (ed), *Conflicto e (in)visibilidad. Retos en los estudios de la gente negra en Colombia* (págs. 209-217). Cali: Editorial Universidad del Cauca.2004.

Organización de las Naciones Unidas (1948, 10 de diciembre). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Organización de las Naciones Unidas (1966, 16 de diciembre). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf

Organización de las Naciones Unidas (1998, 11 de febrero). *Principios rectores de los desplazamientos internos*, disponible en https://nrc.org.co/wp-content/uploads/2017/07/Principios_rectores_desplazamiento_NRC.pdf

Oslender, U. La banalidad del desplazamiento: de peleas estadísticas y vacíos en la representación étnica del conflicto armado en Colombia. *Universitas humanística*, 69, 139-161., 2010.

Restrepo, E, Biopolítica y alteridad: dilemas de la etnización de las colombias negras. En E. R. (editores), *Conflicto e (in)visibilidad. Retos en los estudios de la gente negra en Colombia* (págs. 271-300). Cali: Editorial Universidad del Cauca., 2004.

Rey, C, Análisis espacial de la correlación entre cultivo de palma de aceite y desplazamiento forzado en Colombia. *Cuadernos de Economía*, 32(61), 683-718., 2013.

Veracini, L, Colonialism, Frontiers, Genocide: Civilian-Driven Violence in Settler Colonial Situations. En M. A. (ed.), *Civilian-Driven Violence and the Genocide of Indigenous Peoples in Settler Societies*. Cape Town: University of Cape Town., 2020.

Received on 28/02/2024

Approved on 08/05/2024

THE IMPACT OF THE RECENT CASE LAW OF CJEU REGARDING ARTICLE 2 TEU ON NATIONAL CONSTITUTIONAL VALUES IN ROMANIA¹

Dragoş Călin²

ABSTRACT: In recent years, the Constitutional Court of Romania has tried to create an internal wall for not giving effect to the application of the supremacy of European Union law, respectively the judgments of the Court of Justice of the European Union regarding the rule of law, as regards the Constitution itself, by developing an *ultra vires* control and an identity control in an original way. Although the pressure to change such an approach is omnipresent, however, the reasons of Decision no. 390/2021 have not been revised until today by the subsequent case law of the Constitutional Court of Romania, but on the contrary, in two press releases, the idea of revising the Constitution for accepting the effects of the relevant case law of the Court of Justice of the European Union in the matter was launched exclusively. However, a series of somehow sovereignist decisions, also including here the interpretation in its own, extensive manner, of an opinion of the Venice Commission, seems rather on the way to be abandoned, an example in this regard being the recent Decision no. 283/2023, by which the Constitutional Court of Romania restated the need to impose a threshold in the case of the offence of abuse of office.

KEYWORDS: Supremacy of European Union law; Constitutional identity; Court of Justice of the European Union.

1. D. Călin, *The Impact of the Recent Case Law of CJEU Regarding Article 2 TEU on National Constitutional Values in Romania*, in *Latin American Journal of European Studies*, v. 4, n. 1, 2024, p. 63 et seq.
2. Judge at Bucharest Court of Appeals, Romania, EU law Trainer, the National Institute of Magistracy, Bucharest and Associate Researcher of the Institute for Legal Research of the Romanian Academy. PhD in Law (University of Bucharest) - *The Dialogue between Constitutional Courts and the Court of Justice of the European Union*.

O IMPACTO DA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO TJUE RELATIVO AO ARTIGO 2º DO TUE SOBRE OS VALORES CONSTITUCIONAIS NA ROMÊNIA

RESUMO: Nos últimos anos, o Tribunal Constitucional da Romênia tentou criar um muro interno por não aplicar o primado do direito da União Europeia, respetivamente os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia relativos ao Estado de direito, no que diz respeito à própria Constituição, desenvolvendo um controle ultra vires e um controle de identidade de uma forma original. Embora a pressão para alterar essa abordagem seja onnipresente, os motivos da Decisão n.º 390/2021 não foram revistos até hoje pela jurisprudência subsequente do Tribunal Constitucional da Romênia, mas, pelo contrário, em dois comunicados da imprensa, foi lançada exclusivamente a ideia de rever a Constituição para aceitar os efeitos da jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia nesta matéria. No entanto, uma série de decisões de alguma forma soberanistas, incluindo também aqui a interpretação própria e extensiva de um parecer da Comissão de Veneza, parece estar em vias de ser abandonada, sendo um exemplo a este respeito a recente Decisão n. 283/2023, pela qual o Tribunal Constitucional da Romênia reafirmou a necessidade de impor um limiar no caso do crime de abuso de poder.

PALAVRAS-CHAVE: Supremacia do direito da União Europeia; Identidade constitucional; Tribunal de Justiça da União Europeia.

SUMMARY: Introduction. 1. Assertion of sovereignty or just a simple barricade, the result of a national political context? 2. The brief response of the court of justice of the European Union and the slalom of the Constitutional Court of Romania. Final considerations. References.

INTRODUCTION

In 2018-2019, the Constitutional Court of Romania, which until 2018 had constantly shown a pro-European tendency,³ backed the entry into force of a series of harmful amendments to the

3. For details, D. Călin, *The Constitutional Court of Romania and European Union Law*, vol.15, 2015, available at <https://sciendo.com/de/article/10.1515/iclr-2016-0028>.

laws of justice.⁴ In the decisions delivered, several opinions of the Venice Commission were not taken into consideration,⁵ nor were the reports of the European Commission, accepting provisions regarding material liability, but also limitations regarding the freedom of expression of judges and prosecutors. The cream of the crop was the establishment of a separate prosecution structure for the exclusive investigation of offences committed by judges and prosecutors, a unique body in the European Union and the Judicial Inspectorate has become a pyramid-type public authority at the disposal of a single person, the chief inspector.⁶

In this context, a wave of requests for a preliminary ruling have followed, as a result of the referral to the Court of Justice of the European Union, in several domestic disputes initiated by the Romanian Judges' Forum Association.⁷

4. See B. Selejan-Guţan, *The Taming of the Court – When Politics Overcome Law in the Romanian Constitutional Court*, VerfBlog, <https://verfassungsblog.de/the-taming-of-the-court-when-politics-overcome-law-in-the-romanian-constitutional-court/>.
5. For details, D. Călin, *The Constitutional Court of Romania and the Rule of Law Standards' in 900 Days Of Uninterrupted Siege Upon The Romanian Magistracy: A Survival Guide*, in Beck Bucharest, 2020, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3803508.
6. See I. Heinlein, *Korruptionsbekämpfung in Rumänien am Ende? Was die Regierung Rumäniens unternimmt, um die Strafjustiz zu schwächen und von diesem Vorhaben abzulenken*, in *Betrifft JUSTIZ*, n. 136, von Dezember 2018, p. 189 et seq. D. Călin, A. Codreanu, *The Situation Regarding the Romanian Judicial System at the end of 2018*, in *Richterzeitung*, n. 2, 2019, available at <https://richterzeitung.weblaw.ch/rzissues/2019/2.html>.
7. For details, D. Călin, *The Court of Justice of the European Union, ultima ratio for saving the independence of the judges in Romania – a commentary of the CJEU preliminary ruling in C83/19, C127/19, C195/19, C291/19 and C355/19 and C397/19, AFJR and others*, available at <https://blogs.eui.eu/constitutionalism-politics-working-group/the-court-of-justice-of-the-european-union-ultima-ratio-for-saving-the-independence-of-the-judges-in-romania-a-commentary-of-the-cjeu-preliminary-ruling-in-c%2%80%9183-19-c%2%80%91127-19/>; M. Moraru, R. Bercea, *The First Episode in the Romanian Rule of Law Saga: Joined Cases C-83/19, C-127/19*,

The CJEU has already delivered several judgments concerning these requests. Thus, in the first set (the joined cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-55/19 and C-397/19, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România" and others*), by the judgment of 18 May 2021,⁸ it was found that the independence of the judiciary was seriously compromised, the new special prosecution section being contrary to the rule of law, and the chief inspector of the Judicial Inspectorate, who was appointed directly by the Executive, even if only temporarily,⁹ being against any rules of the rule of law.

The latter opened blitzkrieg type disciplinary proceedings against the former president of the High Court of Cassation and Justice, the former chief prosecutor of the National Anticorruption Directorate and the judges and prosecutors who publicly protested

*C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, Asociația 'Forumul Judecătorilor din România, and their follow-up at the national level, in European Constitutional Law Review, vol.18, n.1, available at <https://www.cambridge.org/core/journals/european-constitutional-law-review/article/first-episode-in-the-romanian-rule-of-law-saga-joined-cases-c8319-c12719-c19519-c29119-c35519-and-c39719-asociația-forumul-judecătorilor-din-romania-and-their-followup-at-the-national-level/CE19FB514B2F7DED659132BF545D6305>; D. Călin, Case C-817/21, *Judicial Inspectorate. Compatibility of the organization of an authority competent to carry out the disciplinary investigation of judges, which is under the total control of a single person, with the rules of the rule of law*, in *UNIO EU Journal*, 2022, available at <https://officialblogofunio.com/2022/01/18/case-c-817-21-inspectia-judiciara-compatibilitate-of-the-organization-of-an-authority-competent-to-carry-out-the-disciplinary-investigation-of-judges-which-is-under-the-total-control-of-a-single-pers/>.*

8. See L. Pech, V. Perju, S. Platon, *How to address rule of law backsliding in Romania. The case for an infringement action based on Article 325 TFEU*, *VerfBlog*, 2019, available at <https://verfassungsblog.de/how-to-adress-rule-of-lawbacksliding-in-romania>; E. Tănăsescu, B. Selejan-Guțan, *A Tale of Primacy: The ECJ Ruling on Judicial Independence in Romania*, *VerfBlog*, 2021, available at <https://verfassungsblog.de/a-tale-of-primacy/>.
9. D. Călin, *The priority of the EU law in Romania: between reality and Fata Morgana*, in *UNIO EU Journal*, 2021, available at <https://officialblogofunio.com/2021/09/20/the-priority-of-the-eu-law-in-romania-between-reality-and-fata-morgana/>.

against the amendments contrary to the rule of law brought to the status of judges in Romania, as well as, in 2021, disciplinary proceedings against the judges who proposed and those who referred to the CJEU.¹⁰

The judgment delivered recently, on 11 May 2023 in case C-817/21, *Inspekția Judiciară*¹¹, provided the opportunity for the CJEU to reconfirm the reasoning from the judgment of 18 May 2021, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România" and others*, C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 and C397/19,¹² respectively the necessary guarantees to prevent any risk of using the disciplinary regime as a system of political control of the content of judicial decisions, so that the rules governing the appointment procedure for management positions within a body that has the power to carry out investigations and exercise disciplinary action, as well as the rules governing the organization and operation of that body must be designed in such a way that they cannot give rise, in the perception of individuals, to any reasonable doubts regarding the use of the prerogatives and functions of the mentioned body as an instrument of pressure on, and political control over this activity (see par.49-51 of the judgment).

The historical part of the judgment relates to the concrete assessment of the factual and national legal context that must

10. Forumul Judecătorilor, *The Good Lobby Profs reacted rapidly in favor of the judge subject to disciplinary investigation*, available at <http://www.forumul-judecatorilor.ro/index.php/archives/4409>.

11. Court of Justice of the European Union, judgment of 11 May 2023, *Inspekția Judiciară*, C-817/21.

12. Court of Justice of the European Union, judgment of 18 May 2021 *Asociația "Forumul Judecătorilor din România" and others*, C-83/19, joined cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19).

be taken into account, the CJEU noting the consolidation of the chief inspector's powers in the more global context of the reforms regarding the organization of the Romanian judicial system, having as object or effect the reduction of guarantees of independence and impartiality of Romanian judges, but especially the concrete practice followed by the chief inspector in exercising his/her prerogatives, with explicit reference to the examples mentioned by the European Commission, which can show that the prerogatives of the Judicial Inspectorate "have been used, on several occasions, for the purpose of political control of the judicial activity, some of these examples appearing, in fact, in the Commission's reports to the European Parliament and to the Council of 22 October 2019 and of 8 June 2021 regarding the progress made by Romania within the cooperation and verification mechanism,¹³ of which the Romanian authorities must take due account, under the principle of loyal cooperation provided for in Article 4(3) TEU, in order to achieve the objectives pursued by Decision 2006/92.¹⁴

The examples of the European Commission include the disciplinary procedures with the proposal of preventive suspension from office until the completion of the disciplinary investigation against judges from the associations of magistrates who rejected the backward changes from the 2017-2019 period and submit-

13. Report from the Commission to the European Parliament and the Council on Progress in Romania under the Cooperation and Verification Mechanism, COM/2019/499 final, available <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0499&qid=1678957765939>, p. 07 *et seq.* Report from the Commission to the European Parliament and the Council on Progress in Romania under the Cooperation and Verification Mechanism, COM/2019/499 final, *cit.*, p.18.

14. CJUE, *Inspectia Judiciară*, *cit.*, para. 71.

ted requests for preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union (disciplinary investigation into alleged disclosed group conversations in a private group created on a social network – judges Dragoş Călin, Anca Codreanu, Alina Gioroceanu, Cristi Danileţ, Laurenţiu Grecu, rejected definitively by the High Court of Cassation and Justice two years after its start), the suspension for 6 months of a judge for publicly criticizing the Judicial Inspectorate and the functioning of the Special Section for the Investigation of Judicial Crimes (judge Crina Muntean), respectively disciplinary investigations initiated in relation to public statements criticizing the reforms (judge Cristi Danileţ, the prosecutor Bogdan Pîrlog), including against the heads of judicial institutions who opposed the forced judicial reform (the Chief Prosecutor of the National Anticorruption Directorate - Laura Codruţa Kovesi, the President of the High Court of Cassation and Justice, judge Cristina Tarcea, respectively the General Prosecutor of the Prosecutor's Office attached to the High Court of Cassation and Justice - Augustin Lazăr, all of which were rejected whether by the disciplinary sections of the Superior Council of Magistracy, or by the High Court of Cassation and Justice).

The CJEU clearly admits that "these elements of the factual and legal national context brought to the attention of the Court 'tend to confirm, rather than to refute' a possible finding that the regulation in question in the main litigation is not designed in such a way that it cannot give rise to any legitimate doubt, in the perception of individuals, regarding the use of the prerogatives and functions

of the Judicial Inspectorate as an instrument of pressure on, and of political control over the judicial activity".¹⁵

Therefore, the Court of Justice of the European Union confirms the political control of the judicial activity in Romania, carried out through the Judicial Inspectorate, with direct reference to the judges and prosecutors who were subject to pressure and harassment during the reference period.¹⁶

Ironically, although the Judicial Inspectorate invoked, as it appears from the conclusions of Advocate General Collins, a final decision of 7 December 2021, by which the Craiova Court of Appeal ruled that the interim extension of the appointment of the chief inspector could not generate doubts regarding the exercise of political pressure on judges and prosecutors, the Court of Justice of the European Union did not take into account the domestic interpretation, a sign that the Union interpretation, imposed by the judgment of 18 May 2021, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România" and others*, C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 and C397/19,¹⁷ was not followed. In support of this internal solution, invoking the need to unify the judicial practice, at the request of

15. CJUE, *Inspekția Judiciară*, cit., para. 72.

16. It is clear that this is not the path to follow, as the CJEU judgment of 11 May 2023 recalled the well-known Christian adage according to which "evil has a tragic end, and the truth always comes out" (apud C. David, "Bătrânul" – „Copilul” Înaintemergătorului, in *Evangelismos Publishing House*, Bucharest, 2003, p. 62 et seq).

17. M. Moraru, R. Bercea, *The First Episode in the Romanian Rule of Law Saga: Joined Cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, Asociația 'Forumul Judecătorilor din România, and their follow-up at the national level*, in *European Constitutional Law Review*, cit.

the same Judicial Inspectorate, the High Court of Cassation and Justice had issued Decision no. 15 of 14 March 2022.¹⁸

The High Court of Cassation and Justice, as the Constitutional Court of Romania has done several times with regard to legislative amendments likely to affect the independence of the judiciary and the rule of law in recent years, avoided referring to the CJEU.

This is the context in which the decisions of the Constitutional Court of Romania contrasted visibly with the requirements imposed by the Court of Justice of the European Union for the minimal functioning of the rule of law.

By the judgment delivered on 11 May 2023 in case C-817/21, *Inspekția Judiciară*, the CJEU reconfirmed the reasoning from the first set of cases regarding the rule of law in Romania (judgment of 18 May 2021, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România" and others*, C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 and C397/19, EU:C:2021:393), respectively the necessary guarantees to prevent any risk of using the disciplinary regime as a system of political control of the content of judicial decisions, so that the rules governing the appointment procedure for management positions within a body competent to carry out investigations and exercise disciplinary action, as well as the rules governing the organization and operation of that body must be designed in such a way that they

18. The High Court of Cassation and Justice established as mandatory for all national courts that "The provisions of Article II of the Government Emergency Ordinance no. 77/2018 for supplementing Article 67 of Law no. 317/2004 regarding the Superior Council of Magistracy are not liable to confer on the Government a direct power of appointment in these positions and to give rise to legitimate doubts regarding the use of the prerogatives and functions of the Judicial Inspectorate as an instrument of pressure on the activity of judges and prosecutors or of political control over this activity".

cannot give rise, in the perception of individuals, to any reasonable doubts regarding the use of the prerogatives and functions of the mentioned body as an instrument of pressure on, and political control over this activity.¹⁹

Even if it admits the concentration of broad powers in the hands of the chief inspector, which allow them to regulate the organization and functioning of the body in question, as well as to make individual decisions regarding the inspectors' careers and the cases they investigate, it is capable of ensuring an effective control over all the actions of the said body, however, the CJEU does not find *ab initio* the incompatibility with the second paragraph of Article 19(1) TEU.

This incompatibility may exist, but it is double conditional upon: 1) the possibility that inspectors, including the deputy, are the only ones competent to carry out a disciplinary investigation against the chief inspector on whose decision their careers depend, respectively 2) the regulation should not be designed in such a way that it cannot give rise to any legitimate doubt, in the perception of individuals, regarding the use of the prerogatives and functions of the said body as an instrument of pressure on, and political control over the activity of these judges and prosecutors.

In the national legislation applicable to the case, but also in the legislation amended in 2022, a disciplinary action aimed at sanctioning abuses committed by the chief inspector can only be initiated by an inspector whose career depends, to a large extent, on the decisions of the chief inspector and who should necessarily act

19. CJUE, *Inspekția Judiciară*, cit., para.49 et seq.

within the organization established by the latter. Moreover, Law n. 305/2022 and the Regulation on the norms for the performance of inspection work seem to contradict the principle of the operational independence of judicial inspectors, one of the main duties of the chief inspector is to approve, verify, confirm, endorse resolutions, reports and any other documents drawn up by judicial inspectors.²⁰ The latter can reject the solution of discontinuing the referral and can order the supplementation of checks. The result of the new checks and the inspector's solution are then again subject to the same chief inspector's approval and confirmation.

The decisions concerning the chief inspector could be reviewed, under the rule of the legislation applicable to the case in which the request for a preliminary ruling was submitted, by the deputy chief inspector, who was appointed by the chief inspector and whose term of office ended at the same time as that of the chief inspector. The new legislation changed this paradigm, with the deputy chief inspector being appointed directly by the Superior Council of Magistracy.

1. ASSERTION OF SOVEREIGNTY OR JUST A SIMPLE BARRICADE, THE RESULT OF A NATIONAL POLITICAL CONTEXT?

From a historical point of view, the first breach in the interpretation of international instruments with a sovereigntist tone was created by Decision no. 392/2017.²¹ The Constitutional Court of

20. See art.74 para. 1 letter I of Law n. 305/2022.

21. Decision no. 392/2017 regarding the exception of unconstitutionality of the provisions of art. 248 of the Criminal Code from 1969, art. 297 para. (1) of the

Romania found that “the legislator has the obligation to regulate the value threshold of the (financial) damage and the intensity of the damage to the right or legitimate interest resulting from committing the act in the criminal rules regarding the offense of abuse of office, its passivity being likely to cause the emergence of situations of incoherence and instability, contrary to the principle of the security of legal relations in its component regarding the clarity and predictability of the law.” The Report on the relationship between political and criminal ministerial responsibility²² was used as a justification argument in a completely erroneous way.²³ Even the spokesperson of the Venice Commission²⁴ denied such a hy-

Criminal Code and of art. 13² of Law no. 78/2000 for the prevention, detection and sanctioning of acts of corruption.

22. Adopted at the 94th Plenary Session of the Venice Commission on 11 March 2013.
23. Although, in another context, the Constitutional Court of Romania refused to take into account the opinions of the Venice Commission. For example, by Decision no. 358/2018, it was argued that the opinion sent by the Venice Commission cannot be used in the constitutional review, and the recommendations formulated by the international forum could have been useful to the legislator in the parliamentary procedure for drafting or amending the legislative framework, the Constitutional Court being empowered to check the compliance of the legislative act adopted by the Parliament with the Fundamental Law, and under no circumstances to check the appropriateness of a legislative solution or another, aspects that fall within the margin of appreciation of the legislator, in the framework of its policy in the matter of the laws of justice.
24. “The report on the relationship between political and criminal ministerial responsibility refers, according to its title, only to the situation of ministers; (...) The Venice Commission considers that national criminal provisions on “abuse of office”, “excess of authority” and similar expressions should be interpreted narrowly and applied with a high threshold, so that they may only be invoked in cases where the offence is of a grave nature, such as for example serious offences against the national democratic processes, infringement of fundamental rights, violation of the impartiality of the public administration and so on. (par. 102). Therefore, it is the nature of the act that is decisive, and the threshold it refers to is in no way a financial one. Moreover, this threshold applies, of course, only to the general rules of the criminal law regarding abuse of office or excess of authority, and not to other offences such as corruption, money laundering or breach of trust”. For details, L. Avram, *the*

pothesis, that “high threshold” referring to a high level of it in terms of the impact on social values (property or non-property), and not to a minimum financial amount below which the abstract social danger of the offence is reflected, as decided by the Constitutional Court of Romania. Also, Article 19 of the United Nations Convention against corruption²⁵ does not condition the existence of the act provided for in Article 19 by a certain value of the damage caused or by any intensity of the damage.

By Decision no. 104/2018,²⁶ the Constitutional Court of Romania made another surprising analysis, by practically attributing to itself the status of a body of the European Union, this time an analysis of the legal consequences of Decision 2006/928/EC of the European Commission of 13 December 2006, establishing a mechanism for cooperation and verification of progress in Romania to address specific benchmarks in the areas of judicial reform and the fight against corruption and its consequences, ignoring its effects, because it is an “act adopted before Romania’s accession to the European Union, it was not clarified by the Court of Justice of the European Union in terms of its content, nature and temporal extent and whether they are limited to those provided in the Accession Treaty, implicitly by Law no. 157/2005, which is part of the internal

Venice Commission: Under any circumstance, it is not a question of a financial threshold for abuse of office, in “Adevărul” newspaper, 2017, available at http://adevarul.ro/news/politica/comisia-venetia-In-niciun-caz-nu-e-vorba-pragfinanciar-abuzul-serviciu-1_59c7b6035ab6550cb87c4d6d/index.html.

25. United Nations, *Convention against corruption*, 1 October, 2003.
26. Decision no. 104/2018 regarding the objection of unconstitutionality of the provisions of the Law amending Law no.161/2003 on certain measures to ensure transparency in the exercise of public office, public functions and in the business environment, and the prevention and punishment of corruption.

regulatory order”, therefore Decision 2006/928/EC cannot constitute a reference norm in the constitutional review in light of Article 148 of the Constitution.²⁷

The reasoning of the Constitutional Court of Romania goes further and holds that “the Constitution is the expression of the will of the people, which means that it cannot lose its binding force just due to the existence of an inconsistency between its provisions and the European ones. Also, accession to the European Union cannot affect the supremacy of the Constitution over the entire legal order”.²⁸ Including the establishment of integrity standards, the subject of the Court’s referral in the given case, is a matter of opportunity that falls within the margin of appreciation of the legislator, within the constitutional limits regarding constitutional identity, in conjunction with national sovereignty and the constitutional obligations arising from Article 11 and Article 148 of the Constitution of Romania.

27. Traditionally, the Constitutional Court of Romania recognized the CVM as a mandatory instrument, by Decision No. 1519/2011 of 15 November 2011, as well as Decision No. 2/2012 of 11 January 2012. Starting from 2018 (Decision No. 33/2018 of 15 February 2018 and Decision No. 104/2018 of 29 May 2018) the interpretation has been different, diametrically opposite.

28. As an element of analogy, the Decision of 11 May 2005, K 18/04, delivered by the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland, is cited. By Decision no. 148 of 16 April 2003, the Constitutional Court of Romania made a distinction between the Constitution and the other laws. The same distinction is made at the level of the Fundamental Law by the final sentence of Article 20 (2), which provides for the priority application of international regulations, unless the Constitution or national laws contain more favorable provisions, and Article 11 (3) states that, if a treaty to which Romania is to become a party includes provisions contrary to the Constitution, its ratification can only take place after the revision of the Constitution.

By Decision no. 390/2021²⁹, in order to counteract the effects of the CJEU judgment of 18 May 2021 issued in the joined cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-55/19 and C-397/19, *Asociația Forumul Judecătorilor din România and others*, the Constitutional Court of Romania refused to apply the priority of European Union law with regard to the Constitution itself, developing “in a confusing and original way an *ultra vires* control and an identity control, the Constitutional Court of Romania has built a true brick wall between national courts and the CJEU, requiring national ordinary judges not to examine the conformity of a national provision, already found to be constitutional by a decision of the Constitutional Court, in relation to the legal provisions of the European Union”.³⁰

The Constitutional Court of Romania reasoned the decision by the disregard of the national constitutional identity, seen as “a guarantee of a basic identity core of the Romanian Constitution and which should not be relativized in the process of European integration and found that “the CJEU, by declaring the binding nature of the Decision 2006/928/EC,³¹ limited its effects from a double perspective: on the one hand, it established that the obligations

29. Decision no. 390/2021 regarding the exception of unconstitutionality of the provisions of Articles 88¹ - 88⁹ of Law No 304/2004 on judicial organization, and of the Government Emergency Ordinance No 90/2018 on measures to operationalise the Section for the investigation of offences in the Judiciary. See B. Selejan-Guțan, *A Tale of Primacy Part. II*, VerfBlog, available at <https://verfassungsblog.de/a-tale-of-primacy-part-ii/>.

30. See D. Călin, *Constitutional courts cannot build brick walls between the CJEU and national judges concerning the rule of law values in Article 2 TEU: RS*, in *Common Market Law Review*, n.60, ed.3, 2023.

31. Decision 2006/928/EC establishing the Cooperation and Verification Mechanism (CVM) for Romania.

resulting from the decision fall to the Romanian authorities competent to cooperate institutionally with the European Commission,³² therefore fall to the political institutions, the Parliament and the Government of Romania, and, on the other hand, that the obligations are exercised based on the principle of sincere cooperation, provided for by Article 4 of the TEU. From both perspectives, the obligations cannot fall on the courts, State bodies that have no power to cooperate with a political institution of the European Union." Therefore, "the application of point 7 of the operative part of the decision, according to which a court is authorized to disapply out of its own motion a national provision that falls within the scope of Decision 2006/928 and which it considers, in the light of a Court decision, to be contrary to this decision or the second paragraph of Article 19 (1) TEU, has no basis in the Romanian Constitution".

Actually, the Constitutional Court of Romania denied the obligations assumed by Romania under the Treaty of Accession to the European Union, establishing that the way in which the judicial system is organized represents a part of the Romanian constitutional identity, but the option is not justified in any way,³³ having only the role of removing the consequences of the judgment of 18 May 2021.³⁴

32. Decision 2006/928/EC, *cit.*, para. 177.

33. M. Guțan, *Este Curtea Constituțională a României un portdrapel al identității constituționale naționale?* In *Revista Romana de Drept European*, Bucharest, n. 1, 2022, available at <https://www.proquest.com/scholarly-journals/este-curtea-constituțională-româniei-un/docview/2671713432/se-2>.

34. J. Ziller, *La primauté du droit de l'Union européenne*, 2022, available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/732474/IPOL_STU\(2022\)732474_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/732474/IPOL_STU(2022)732474_FR.pdf).

This series of somehow sovereigntist decisions, also including here the interpretation in its own, extensive manner of an opinion of the Venice Commission, cannot have a reasonable explanation. Although the Constitutional Court of Romania indicated in its reasoning the Decision of 30 June 2009³⁵ delivered by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany, it cannot be a serious parallel, given that the refusal to apply the European Union law in Romania does not ensure a superior protection of a fundamental right, but rather the preservation of some legislative amendments (from the period 2018-2019) that affected the independence of the judiciary. The case law of the Constitutional Court of Romania seems to be similar to that of the courts in Poland and Hungary.

Basically, an entire national political context grafted on the internal war against the successes of the National Anti-Corruption Directorate (whose results were praised by the European Commission frequently because hundreds of politicians, judges or prosecutors were convicted for corruption offences) has led to contradictory solutions that are difficult to explain. The authority of the Court of Justice of the European Union was denied, the *de facto* compliance and application of the judgments was refused. Anyway, the protection of national identity cannot justify

35. Decision of 30 June 2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 , available at https://www.cvce.eu/en/obj/decision_by_the_german_constitutional_court_on_the_treaty_of_lisbon_30_june_2009-en-8facbcac-b236-47c8-9db3-e2199d825cfb.html.

the non-compliance with the essential and fundamental values contained in Article 2 TEU, including the rule of law.³⁶

2. THE BRIEF RESPONSE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND THE SLALOM OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF ROMANIA

By the judgment of 18 May 2021 in the joined cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România" and others*, the CJEU carried out an abstract check of the constitutionality at the level of the European Union regarding the national legislative solutions in Romania, by referring to the principle of independence of judges, as it derives mainly from the right to a fair trial established by the second paragraph of Article 47 of the charter, with reference to the second paragraph of Article 19 (1) of the TEU (their content coincides at least as regards the elements of independence and impartiality of the judiciary). Also, it was decided that the second paragraph of Article 19 (1) TEU and the reference criteria stated in Decision 2006/928³⁷ have direct effect, the CJEU ruling that a national court has the obligation to guarantee, within its powers, their full effect, disapplying, if necessary, the contrary provisions of national law.³⁸

36. L. Pech, *The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law* *Hague Journal on the Rule of Law*, in *Hague J Rule Law*, n. 14, 2022, available at <https://doi.org/10.1007/s40803-022-00176-8>.

37. Decision 2006/928/EC, *cit.*

38. CJUE, *Inspekția Judiciară*, *cit.*, para. 242 *et seq.*

The interpretation was confirmed by the judgment delivered on 21 December 2021, in *Euro Box Promotion and others*.³⁹

By Press Release,⁴⁰ the Constitutional Court of Romania refused to accept the judgment of the Court of Justice of the European Union delivered on 21 of December 2021. The Constitutional Court of Romania has held that “the conclusions of the CJEU ruling that the effects of the principle of the primacy of EU law apply to all organs of a Member State, without national provisions, including those of a constitutional nature, being capable of hindering this, and according to which national courts are obliged to disapply, of their own motion, any national legislation or practice contrary to a provision of EU law, requires revision of the Constitution in force. From a practical point of view, this judgment can only produce effects after the revision of the Constitution in force, which, however, cannot be done by operation of law, but only on the initiative of certain subjects of law, in compliance with the procedure and under the conditions laid down in the Romanian Constitution itself”.

These conclusions of the Constitutional Court of Romania have the effect of a warning for ordinary judges that in case they will apply EU law (including CJEU judgments), they will risk colliding with the Constitutional Court and be subject to disciplinary actions.

This was followed by a new request for a preliminary ruling sent by the brave Romanian judges from the ordinary courts, with all the risks, and the CJEU solution of 22 February 2022 in case

39. Court of Justice of the European Union. Judgment of 21 December 2021, *Euro Box Promotion and others*, C-357/19, joined cases, C379/19, C547/19, C811/19 and C840/19.

40. The Constitutional Court of Romania. *Press Release*, 23 December 2021, available at <https://www.ccr.ro/en/press-release-23-december-2021/>.

RS,⁴¹ which reconfirmed that constitutional courts cannot build fortresses between the CJEU and national judges regarding the common values related to the rule of law provided for in Article 2 of the TEU.⁴²

The CJEU reiterated that, by virtue of the principle of the primacy of EU law, a Member State's reliance on rules of national law, even of a constitutional order, cannot be allowed to undermine the unity and effectiveness of EU law. The Court showed that it has exclusive jurisdiction to give the definitive interpretation of EU law, therefore it is for the Court, in the exercise of that jurisdiction, to clarify the scope of the principle of the primacy of EU law in the light of the relevant provisions of that law, with the result that such scope cannot turn on the interpretation of provisions of national law or on the interpretation of provisions of EU law by a national court which is at odds with that of the Court. Also, under Article 4(2) TEU, the Court specified that it can be called upon to determine that an obligation of EU law does not undermine the national identity of a Member State. By contrast, that provision has neither the object nor the effect of authorising a constitutional court of a Member State, in disregard of the obligations under, in particular, Article 4(2) and (3) and the second subparagraph of Article 19(1) TEU, which are binding upon it, to disapply a rule of EU law, on the ground that such rule undermines the national identity of the Member State concerned as defined by the national constitutional court.

41. Court of Justice of the European Union. Judgment of 22 February 2022, RS, C430/21.

42. For an exhaustive analysis, see D. Călin, *Constitutional courts cannot build brick walls between the CJEU and national judges concerning the rule of law values in Article 2 TEU: RS, cit.*

It was also found that the constitutional court of a Member State cannot, on the basis of its own interpretation of provisions of EU law, including Article 267 TFEU, validly hold that the Court has delivered a judgment exceeding its jurisdiction and, therefore, refuse to give effect to a preliminary ruling from the Court. If a constitutional court of a Member State considers that a provision of secondary EU law, as interpreted by the Court, infringes the obligation to respect the national identity of that Member State, that constitutional court must stay the proceedings and make a reference to the Court for a preliminary ruling under Article 267 TFEU, in order to assess the validity of that provision in the light of Article 4(2) TEU, the Court alone having jurisdiction to declare an EU act invalid.

Until today, the Constitutional Court of Romania has abstained from opposing the solution of the Court of Justice in the case *RS*,⁴³ but indicated, on 9 November 2021,⁴⁴ that it will not change its Decision no. 390/2021.⁴⁵

FINAL CONSIDERATIONS

Historical errors are beginning to be recognized, for now timidly, by the Constitutional Court of Romania. The recent Decision no. 283 of 17 May 2023 is edifying, as it accepted that certain regulatory inconsistencies can be substituted by the interpretative action of the courts, and the problem that arises is that of the limit/framework in which this action is adequate and appropriate to the given regu-

43. CJEU, Judgment C430/21, *cit.*

44. Romanian Constitutional Court. Comunicat de presă, 9 noiembrie 2021, available at <https://www.ccr.ro/comunicat-de-presa-9-noiembrie-2021/>.

45. Decision no. 390/2021, *cit.*

latory situation and even if the legislator did not regulate a certain value threshold of the damage or a certain intensity of the damage to the legitimate interests of natural/legal persons for admitting the offences of abuse of office or negligence in office, the action of the courts – consistent with the case law of the Constitutional Court – is likely to maintain and consolidate the presumption of constitutionality of the text, which must harmoniously combine the aspects of objective and subjective specificity of the offence. In other words, the Report on the relationship between political and criminal ministerial responsibility, adopted at the 94th Plenary Session of the Venice Commission on 11 March 2013, was no longer taken truncated to provide reasons for unconstitutional solutions.

Poland, Hungary and Romania are the European Union Member States with the most unenforced CJEU judgments.⁴⁶

In the case of Romania, as regards the lack of compliance and the denial of the authority of the CJEU, such a trend cannot go unnoticed, even in the presence of flattering individual statements by some judges of the Constitutional Court, including the new president,⁴⁷ which reaffirm the supremacy of European Union law.

46. See J. Jaraczewski, N. Tsereteli, I. Iliescu, A. Ciccarone, G. Stafford, Y. Mammadova, *Justice Delayed and Justice Denied: Non-Implementation of European Courts Judgments and the Rule of Law European Implementation Network (EIN)*, in *Democracy Reporting International (DRI)*, 2023, available at <https://democracy-reporting.org/en/office/EU/publications/new-report-exposes-alarming-trend-of-non-implementation-of-european-court-rulings>.

47. S. Matei, *Marian Enache, President of the Constitutional Court of Romania: "I will try with my colleagues from the CCR to have an even greater openness towards the application of EU law, through the Romanian Constitution"*, 2022, available at <https://www.mediafax.ro/politic/marian-enache-presed-intele-ccr-voi-incerca-cu-colegii-din-ccr-sa-avem-o-deschidere-si-mai-mare-spre-aplicarea-dreptului-ue-prin-intermediul-constitutiei-romaniei-21133901>.

For example, Decision no. 390/2021⁴⁸ is still in force and binding *erga omnes*.

In 2022, Romania changed the legislation on the status of judges, under the pressure of the European Commission and stating that it was an attempt to apply the judgments of the CJEU, among others, expressly repealing the disciplinary offense that concerned the non-compliance with the decisions of the Constitutional Court or the decisions issued by the High Court of Cassation and Justice in the settlement of appeals in the interest of the law. However, Article 271 letter s) from the new regulation (Law no. 303/2022 regarding the status of judges and prosecutors) provides that exercising the position in bad faith or with gross negligence is a disciplinary offense. The Constitutional Court of Romania, by Decision no. 520/2022, interpreting this legislative text, assessed that non-compliance with the decisions of the Constitutional Court can trigger the disciplinary liability of the judge or the prosecutor to the extent that it is proven that they exercised their position in bad faith or with gross negligence.⁴⁹

This reasoning is consistent with the interpretation of the Judicial Inspectorate, which filed an appeal against the decision of the Disciplinary Section for Judges of the Superior Council of the Magistracy, by which, in April 2022, the disciplinary action against Judge Costin Andrei Stancu, from the Pitești Court of Appeal, the

48. Decision no. 390/2021, *cit*.

49. For details, D. Călin, *Once again on the rule of law in Romania. The risk that thousands of defendants would not face criminal liability: a new wave of requests preliminary rulings at the CJEU*, 2023, available on the web page <https://officialblogofunio.com/2023/05/09/once-again-on-the-rule-of-law-in-romania-the-risk-that-thousands-of-defendants-would-not-face-criminal-liability-a-new-wave-of-requests-preliminary-rulings-at-the-cjeu/>.

only Romanian judge who had applied the Judgment of the Grand Chamber of 18 May 2021, joined cases C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 and C397/19, *Asociația Forumul Judecătorilor din România and others*, precisely because, through this *modus operandi*, the decision of the Constitutional Court would have been disregarded in bad faith. The High Court of Cassation and Justice rejected the appeal finally, on 24 April 2023.

REFERENCES

- B. Selejan-Guțan, *The Taming of the Court – When Politics Overcome Law in the Romanian Constitutional Court*, VerfBlog, <https://verfassungsblog.de/the-taming-of-the-court-when-politics-overcome-law-in-the-romanian-constitutional-court/>.
- B. Selejan-Guțan, *A Tale of Primacy Part. II*, VerfBlog, available at <https://verfassungsblog.de/a-tale-of-primacy-part-ii/>.
- C. David, "Bătrânul"–„Copilul" Înaintemergătorului, in *Evangelismos Publishing House*, Bucharest, 2003.
- Court of Justice of the European Union, judgment of 11 May 2023, *Inspekția Judiciară*, C-817/21.
- Court of Justice of the European Union, judgment of 18 May 2021 *Asociația "Forumul Judecătorilor din România" and others*, C-83/19, joined cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19).
- Court of Justice of the European Union, judgment of 21 December 2021, *Euro Box Promotion and others*, C-357/19, joined cases C379/19, C547/19, C811/19 and C840/19.
- Court of Justice of the European Union. Judgment of 22 February 2022, *RS*, C430/21.
- D. Călin, A. Codreanu, *The Situation Regarding the Romanian Judicial System at the end of 2018*, in *Richterzeitung*, n. 2, 2019, available at <https://richterzeitung.weblaw.ch/rzissues/2019/2.html>.
- D. Călin, *Case C-817/21, Judicial Inspectorate. Compatibility of the organization of an authority competent to carry out the disciplinary investigation of judges, which is under the total control of a single person, with the rules of the rule of law*, in *UNIO EU Journal*, 2022, available at <https://officialblogofunio.com/2022/01/18/case-c-817-21-inspectia-judiciara-compatibility-of-the-organization-of-an-authority-competent-to-carry-out-the-disciplinary-investigation-of-judges-which-is-under-the-total-control-of-a-single-pers/>.

D. Călin, *Constitutional courts cannot build brick walls between the CJEU and national judges concerning the rule of law values in Article 2 TEU: RS, in Common Market Law Review*, n.60, ed.3, 2023.

D. Călin, *Once again on the rule of law in Romania. The risk that thousands of defendants would not face criminal liability: a new wave of requests preliminary rulings at the CJEU*, 2023, available on the web page <https://officialblogofunio.com/2023/05/09/once-again-on-the-rule-of-law-in-romania-the-risk-that-thousands-of-defendants-would-not-face-criminal-liability-a-new-wave-of-requests-preliminary-rulings-at-the-cjeu/>.

D. Călin, *The Constitutional Court of Romania and European Union Law*, vol.15, 2015, available at <https://sciendo.com/de/article/10.1515/iclr-2016-0028>.

D. Călin, *The Constitutional Court of Romania and the Rule of Law Standards' in 900 Days Of Uninterrupted Siege Upon The Romanian Magistracy: A Survival Guide*, in *Beck Bucharest*, 2020, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3803508.

D. Călin, *The Court of Justice of the European Union, ultima ratio for saving the independence of the judges in Romania – a commentary of the CJEU preliminary ruling in C83/19, C127/19, C195/19, C291/19 and C355/19 and C397/19, AFJR and others*, available at <https://blogs.eui.eu/constitutionalism-politics-working-group/the-court-of-justice-of-the-european-union-ultima-ratio-for-saving-the-independence-of-the-judges-in-romania-a-commentary-of-the-cjeu-preliminary-ruling-in-c%E2%80%91183-19-c%E2%80%91127-19/>.

D. Călin, *The priority of the EU law in Romania: between reality and Fata Morgana*, in *UNIO EU Journal*, 2021, available at <https://officialblogofunio.com/2021/09/20/the-priority-of-the-eu-law-in-romania-between-reality-and-fata-morgana/>.

Decision 2006/928/EC establishing the Cooperation and Verification Mechanism (CVM) for Romania.

Decision no. 104/2018 regarding the objection of unconstitutionality of the provisions of the Law amending Law no.161/2003 on certain measures to ensure transparency in the exercise of public office, public functions and in the business environment, and the prevention and punishment of corruption.

Decision no. 390/2021 regarding the exception of unconstitutionality of the provisions of Articles 88¹ - 88⁹ of Law No 304/2004 on judicial organization, and of the Government Emergency Ordinance No 90/2018 on measures to operationalise the Section for the investigation of offences in the Judiciary.

Decision no. 392/2017 regarding the exception of unconstitutionality of the provisions of art. 248 of the Criminal Code from 1969, art. 297 para. (1) of the Criminal Code and of art. 13² of Law no. 78/2000 for the prevention, detection and sanctioning of acts of corruption.

Decision of 30 June 2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, available at https://www.cvce.eu/en/obj/decision_by_the_german_constitutional_court_on_the_treaty_of_lisbon_30_june_2009-en-8facbcac-b236-47c8-9db3-e2199d825cfb.html.

- E. Tănăsescu, B. Selejan-Guțan, *A Tale of Primacy: The ECJ Ruling on Judicial Independence in Romania*, VerfBlog, 2021, available at <https://verfassungsblog.de/a-tale-of-primacy/>.
- Forumul Judecătorilor, *The Good Lobby Profs reacted rapidly in favor of the judge subject to disciplinary investigation*, available at <http://www.forumuljudecatorilor.ro/index.php/archives/4409>.
- I. Heinlein, *Korruptionsbekämpfung in Rumänien am Ende? Was die Regierung Rumäniens unternimmt, um die Strafjustiz zu schwächen und von diesem Vorhaben abzulenken*, in *Betrifft JUSTIZ*, n. 136, von Dezember 2018.
- J. Jaraczewski, N. Tsereteli, I. Iliescu, A. Ciccarone, G. Stafford, Y. Mammadova, *Justice Delayed and Justice Denied: Non-Implementation of European Courts Judgments and the Rule of Law European Implementation Network (EIN)*, in *Democracy Reporting International (DRI)*, 2023, available at <https://democracy-reporting.org/en/office/EU/publications/new-report-exposes-alarming-trend-of-non-implementation-of-european-court-rulings>.
- J. Ziller, *La primauté du droit de l'Union européenne*, 2022, available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/732474/IPOL_STU\(2022\)732474_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/732474/IPOL_STU(2022)732474_FR.pdf).
- L. Avram, *the Venice Commission: Under any circumstance, it is not a question of a financial threshold for abuse of office*, in "Adevărul" newspaper, 2017, available at http://adevarul.ro/news/politica/comisia-venetia-ln-niciun-caz-nu-e-vorba-pragfinanciar-abuzul-serviciu-1_59c7b6035ab6550cb87c4d6d/index.html.
- L. Pech, *The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law* *Hague Journal on the Rule of Law*, in *Hague J Rule Law*, n. 14, 2022, available at <https://doi.org/10.1007/s40803-022-00176-8>.
- L. Pech, V. Perju, S. Platon, *How to address rule of law backsliding in Romania. The case for an infringement action based on Article 325 TFEU*, VerfBlog, 2019, available at <https://verfassungsblog.de/how-to-address-rule-of-lawbacksliding-in-romania>.
- M. Guțan, *Este Curtea Constituțională a României un portdrapel al identității constituționale naționale?* In *Revista Romana de Drept European*, Bucharest, n. 1, 2022, available at <https://www.proquest.com/scholarly-journals/este-curtea-constituțională-româniei-un/docview/2671713432/se-2>.
- M. Moraru, R. Bercea, *The First Episode in the Romanian Rule of Law Saga: Joined Cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, Asociația 'Forumul Judecătorilor din România, and their follow-up at the national level*, in *European Constitutional Law Review*, vol.18, n.1, available at <https://www.cambridge.org/core/journals/european-constitutional-law-review/article/first-episode-in-the-romanian-rule-of-law-saga-joined-cases-c8319-c12719-c19519-c29119-c35519-and-c39719-asociatia-forumul-judecatorilor-din-romania-and-their-followup-at-the-national-level/CE19FB514B2F7DED659132BF545D6305>.
- Report from the Commission to the European Parliament and the Council on Progress in Romania under the Cooperation and Verification Mechanism,

COM/2019/499 final, available <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0499&qid=1678957765939>.

Romanian Constitutional Court. Comunicat de presă, 9 noiembrie 2021, available at <https://www.ccr.ro/comunicat-de-presa-9-noiembrie-2021/>.

S. Matei, *Marian Enache, President of the Constitutional Court of Romania: "I will try with my colleagues from the CCR to have an even greater openness towards the application of EU law, through the Romanian Constitution"*, 2022, available at <https://www.mediafax.ro/politic/marian-enache-presedintele-ccr-voi-incerca-cu-colegii-din-ccr-sa-avem-o-deschidere-si-mai-mare-spre-aplicarea-dreptului-ue-prin-intermediul-constitutiei-romaniei-21133901>.

The Constitutional Court of Romania. *Press Release*, 23 December 2021, available at <https://www.ccr.ro/en/press-release-23-december-2021/>.

United Nations, *Convention against corruption*, 1 October, 2003.

Received on 10/12/2023

Approved on 24/04/2024

LA FUNCIÓN DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN EN EL AFIANZAMIENTO DE LA GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA Y DEL ESTADO DE DERECHO¹

Brenda Luciana Maffei²

RESUMEN: El presente estudio se focaliza en la función del Tribunal Permanente de Revisión "TPR" como posible actor para el afianzamiento de la gobernabilidad democrática y el estado de derecho. En este sentido, la pregunta que será eje de análisis de este trabajo está planteada en los siguientes términos: ¿Posee el TPR alguna función tendiente a garantizar la gobernabilidad democrática y el estado de Derecho en los Estados que conforman este proceso de integración? Como se puede observar, este estudio parte de una visión sistémica donde el Tribunal supremo del Mercosur podría estar en relación de retroalimentación con los sistemas jurídicos internos de los Estados partes que lo conforman. El Trabajo se encuentra organizado de la siguiente forma: (i) en primer lugar, se efectúan algunos lineamientos sobre las nociones centrales utilizadas en este trabajo (gobernabilidad democrática, estado de derecho y *rule of law*) (ii) en segundo término, haremos una exposición general sobre los elementos esenciales que componen la llamada dimensión democrática amplia y el Protocolo de Ushuaia (PU) sobre compromiso democrático en el MERCOSUR, (iii) Seguidamente abordaremos la cuestión del rol

1. B. L. Maffei, *La Función del Tribunal Permanente de Revisión en el Afianzamiento de la Gobernabilidad Democrática y del Estado del Derecho*, in *Latin American Journal of European Studies*, v. 4, n. 1, 2024, p. 90 et seq.
2. Doctora por la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC) Brasil, Magister por la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul (UFGRS) Brasil y Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente es Funcionaria Técnica del Área Jurídica de la secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur y desarrolla actividades de investigación, organización de eventos, creación de cursos, etc. en la Unidad Centro Mercosur de Promoción de Estado de Derecho (UCMPED).

de la jurisdicción en los procesos de integración en general y del MERCOSUR, en particular, focalizando la atención en la labor que posee el TPR, (iv) finalmente, será traído a consideración un Laudo emitido por el TPR que puede dejar algunos indicios para responder a la pregunta planteada. El método utilizado en esta investigación es esencialmente el analítico.

PALABRAS CLAVES: *Rule of Law*; gobernabilidad democrática; MERCOSUR.

THE ROLE OF THE PERMANENT REVIEW TRIBUNAL IN STRENGTHENING DEMOCRATIC GOVERNANCE AND THE RULE OF LAW

ABSTRACT: This paper examines the function of the Permanent Review Tribunal "TPR" as a possible actor for the consolidation of democratic governance and the democratic state. In this sense, the question that will be the axis of analysis of this work is posed in the following terms: Does the TPR have any function aimed at guaranteeing democratic governance and the democratic state in the States that make up this integration process? As can be seen, this study is based on a systemic vision where the Supreme Court of Mercosur could be in a feedback relationship with the internal legal systems of the States parties that comprise it. The Work is organized as follows: (i) firstly, some guidelines are made on the central notions used in this work (democratic governance, rule of law and democratic state) (ii) secondly, we will make a general exposition on the essential elements that make up the so-called broad democratic dimension and the Ushuaia Protocol (PU) on democratic commitment in MERCOSUR, (iii) Next we will address the question of the role of jurisdiction in the integration processes in general and in MERCOSUR, in particular, focusing attention on the work carried out by the TPR, (iv) finally, an Award issued by the TPR will be brought to consideration that may leave some clues to answer the question posed. The method used in this research is essentially analytical.

KEYWORDS: *Rule of Law*; Democratic Governance; MERCOSUR.

SUMMARY: Introduction; 1. Previous explanation; 2. The broad democratic dimension and the Ushuaia protocol; 3. The rule of law and the jurisdictional function in integration processes; 4. The jurisdictional function: the case of MERCOSUR; 5. The relationship PU/PO and the strengthening of democratic governance and the rule of law: award 1/2012, Final considerations; References.

INTRODUCCIÓN

En esta oportunidad se presentan algunas consideraciones vertidas en el “VII Jean Monnet Network: Bridge Seminar: Rule of Law in Latin America and Europe”. Es en este sentido, se advierte que, si bien originalmente el análisis no abordaba las cuestiones referidas al *Rule of Law*, la temática que convocó el Seminario en el cual se presentó este trabajo obligó a hacer algunas modificaciones al estudio original para adicionar algunas menciones a este concepto y relacionarlas con las nociones originalmente trabajadas (governabilidad democrática y Estado de Derecho).

El título de este trabajo coincide con unas de las líneas de investigación de la Unidad de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión denominada: Centro Mercosur de Promoción del Estado de Derecho (UCMPED)³. La pregunta que será eje de análisis de este trabajo está planteada en los siguientes términos: ¿Posee el TPR alguna función tendiente a garantizar la gobernabilidad democrática y el estado de Derecho en los Estados que conforman este proceso de integración? Como se puede observar, este

3. El Centro Mercosur de Promoción del Estado de Derecho (CMPED) fue creado por Decisión del CMC 24/04 y tiene como finalidad analizar y afianzar el desarrollo del estado de Derecho, la gobernabilidad democrática y todos los aspectos vinculados a los procesos de integración regional, con especial énfasis en el Mercosur y su mecanismo de solución de controversias. Posteriormente, la Decisión 09/19 establece transformarlo en una Unidad de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (UCMPED). La línea de investigación a la cuál se hace referencia en este trabajo desarrolla estudios no sólo dedicados la actividad del TPR como órgano destinado a la interpretación final del del Protocolo de Ushuaia de compromiso democrático entre los Estados-partes del Mercosur, sino también, el análisis de aquellos mecanismos con los que cuenta el ciudadano para actuar como legitimado activo y/o pasivo en el mecanismo de solución de controversias del Mercosur y desarrollar propuestas para una mayor participación ciudadana en este ámbito. UCMPED, Tribunal Permanente de Revisión, https://www.tprmercosur.org/es/cmpep_intro.htm.

estudio parte de una visión sistémica donde el Tribunal supremo del Mercosur podría estar en relación de retroalimentación con los sistemas jurídicos internos de los Estados partes que lo conforman. El Trabajo se encuentra organizado de la siguiente forma: (i) en primer lugar, se efectúan algunos lineamientos sobre las nociones centrales utilizadas en este trabajo (governabilidad democrática, estado de derecho y rule of law) (ii) en segundo término, haremos una exposición general sobre los elementos esenciales que componen la llamada dimensión democrática amplia y el Protocolo de Ushuaia (PU) sobre compromiso democrático en el MERRCOSUR, (iii) Seguidamente abordaremos la cuestión del rol de la jurisdicción en los procesos de integración en general y del MERCOSUR, en particular, focalizando la atención en la labor que posee el TPR, (iv) finalmente, será traído a consideración un Laudo emitido por el TPR que puede dejar algunos indicios para responder a la pregunta planteada.

1. ESCLARECIMIENTOS PREVIOS

Este apartado tiene como finalidad clarificar el sentido de los términos utilizados en el título de este trabajo: "governabilidad democrática, estado de derecho y su vinculación con la temática del evento en el cuál fue presentado este análisis: el *Rule of Law*. Lo primero que se pueden indicar es que estas definiciones, si bien se encuentran relacionadas entre sí, no significan exactamente lo mismo.

La governabilidad democrática, en sentido estricto, está asociada a cierta capacidad o potencialidad para que un sistema

político genere gobiernos legítimos (o legitimación de un orden social establecido). La legitimidad de estos gobiernos proviene, principalmente, de la realización de elecciones transparentes por parte de aquellos que se someterán a las reglas que los decididores establezcan⁴. De esta forma, se intenta garantizar cierto grado de distribución y control del poder decisorio, ya que, son los propios "afectados" por las decisiones adoptadas quienes, a partir de la elección de quienes ocupan los cargos de decisión, diseñan, indirectamente, su propia arquitectura. Además, los diseñadores de reglas deben justificar sus decisiones conforme a reglas previamente existentes. Esto último configura, a la vez, uno de los aspectos del *Rule of Law*: el ideal político. Por otro lado, en un sentido amplio, a la noción de gobernabilidad democrática anteriormente mencionada se le puede adicionar la capacidad que posee el decididor de dar respuestas efectivas a las diversas demandas sociales. Este último sentido se encuentra más emparentado a una legitimidad en el ejercicio lo que hace que se mantenga la gobernabilidad en el transcurso del tiempo⁵.

Por otra parte, el *Rule of Law* cuya traducción al español puede identificarse como "imperio del derecho", producto típico del *common law*⁶, no se limita solo a la justificación de decisiones basado en

4. Publicación: Gobernabilidad democrática como respuesta efectiva y perdurable a los desafíos de América Latina. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA). <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/la-gobernabilidad-democratica-como-respuesta-efectiva.pdf>. p. 21.
5. D. Filmus. *Gobernabilidad, democracia y derechos humanos*, in *Revista Aportes Andinos N° 13*, Programa Andino de Derechos Humanos-Universidad Andina Simón Bolívar, marzo, 2005, p. 4.
6. A.C. Pereira Menaut. *Rule of Law o Estado de Derecho*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A Madrid, 2003, p. 30.

reglas preexistentes. Existen, en la conformación de esta noción, al menos dos elementos más (i) un ideal jurídico y (ii) un ideal ético⁷. El primero hace referencia a: (i) la publicidad (para que las personas puedan planificar sus conductas en relación con el Gobierno y en relación con el resto de las personas) (ii) irretroactividad y estabilidad en el tiempo, (iii) generalidad (que las prescripciones no sean dirigidas a personas en particular, sino de forma genérica al conjunto, salvo excepciones), (iv) posibles de cumplir y coherentes. El segundo está asociado a la libertad humana (suponiendo que las personas podrán deliberar como agentes racionales y cumplir de forma voluntaria la norma elaborada por los decididores)⁸.

Por otro lado, la noción de Estado de Derecho está emparentada más estrechamente con el imperio de la ley escrita y el principio de legalidad (presuponiendo al Estado, la soberanía y la concepción del Derecho como norma escrita). En este sentido: "En el *Rule of Law*, la sumisión del poder al Derecho es judicialista, y en ese sentido es más personal; en el Estado de Derecho es, teóricamente, legalista; se basa más en el imperio de la ley escrita, concebida desde 1789 como manifestación política de la voluntad general, y en el principio de legalidad, que al ser más abstracto, produce más impersonalidad"⁹. Sin embargo, la norma, como dispositivo general, que intenta abarcar la generalidad de casos (solucionar casos genéricos), difícilmente pueda dar solución a todos los casos específicos. En su aplicación en un caso concreto puede quedar de

7. J. Raz. *La autoridad del derecho*, México, UNAM, trad. de Rolando Tamayo, 1988, p. 269 *et seq.*

8. A.C. Pereira Menaut. *Rule of Law o Estado de Derecho. cit.*, p. 41 *et seq.*

9. A.C. Pereira Menaut. *Rule of Law o Estado de Derecho. cit.*, p.51.

manifiesto la existencia de las llamadas lagunas o contradicciones normativas. En estos casos, entonces, se necesitará la intervención del intérprete judicial, quién hará uso de diversos métodos de interpretación para adoptar una decisión en el caso concreto. Este último aspecto será retomado más adelante¹⁰.

Con lo dicho en los dos párrafos anteriores se puede decir, entonces, que es más probable usar la alocución "*Rule of Law* internacional" que "Estado de Derecho internacional", ya que no existe, a pesar del desarrollo de algunas hipótesis teóricas que lo promuevan, la existencia de un "super-Estado" internacional. Esto demuestra la amplitud existente en el concepto del *Rule of Law*, no emparentado al concepto de Estado, soberanía y Derecho como norma escrita, si lo comparamos con la noción de Estado de Derecho, que sí se encuentra emparentada con estos elementos¹¹.

Habiendo aclarado, brevemente, las palabras claves contenidas en el título de este trabajo se pasará a analizar los extremos necesarios para responder la pregunta planteada en el mismo. Para ello organizaremos los temas de la siguiente forma: (i) en primer lugar, haremos una exposición general sobre los elementos esenciales que componen la llamada dimensión democrática amplia y el Protocolo de Ushuaia (PU) sobre compromiso democrático en el MERCOSUR, (ii) seguidamente abordaremos la cuestión del rol de la jurisdicción en los procesos de integración en general y

10. E. Bulygin, Eugenio. Universidad de Buenos Aires. ISONOMÍA No. 18 / Abril 2003, p. 24.

11. R. McCorquodale. *Defining the international rule of law: defying gravity? In The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, N. 2 (APRIL 2016), p. 277 et seq., p. 291. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/24762354> 298.

del MERCOSUR, en particular, focalizando la atención en la labor que posee el TPR, (iii) finalmente, será traído a consideración un Laudo emitido por el TPR que puede dejar algunos indicios para responder a la pregunta planteada.

2. LA DIMENSIÓN DEMOCRÁTICA AMPLIA Y EL PROTOCOLO DE USHUAIA

En el punto anterior se indicó que la gobernabilidad democrática, en un sentido estricto, está asociada a cierta capacidad o potencialidad para que un sistema político genere gobiernos legítimos (poder que tiene el ciudadano para autorizar o delegar la toma de decisiones, en manos de terceros, que lo afectará de cierta forma) y que esa legitimidad proviene de la realización de elecciones transparentes por parte de aquellos que se someterán a las reglas que los decididores establezcan. La pregunta que sigue, entonces, es: ¿Cómo podemos vincular estas nociones a los procesos de integración?

En trabajos previos hemos clasificado las diversas dimensiones de la legitimidad democrática asociada a los procesos de integración¹². Así, indicamos que existe una legitimidad democrática *indirecta/de origen* (por ejemplo, si consideramos el hecho de que

12. Ver, por ejemplo: T. Bogoslavsky Minolli; B. L. Maffei. *La eficacia de los instrumentos del MERCOSUR para mantener las democracias dentro del bloque*. MAFFEI, Brenda; ECHAIDE, Javier. *El Parlamento del MERCOSUR. Aspectos amplios y estrictos de la cuestión democrática en el bloque*, Buenos Aires: Euros Editores, 2015; B. L. Maffei. *El déficit democrático en los procesos de integración y el rol de la función jurisdiccional desde una perspectiva sistémica: el caso del MERCOSUR*. Trabajo presentado en: xii encuentro internacional do conpedi buenos aires – argentina direito internacional ii. Disponible em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/w7dsqk3y/4ifc205b/1rTOV529y-f2hZ7zy.pdf>.

un proceso de integración recibe cierta legitimidad ciudadana proveniente de las Constituciones Nacionales las cuales facultan, a aquellos encargados de negociar, firmar y aprobar tratados internacionales, a constituir un proceso de integración a través de cláusulas de habilitación del propio documento magno.

Como afirma Perotti:

si bien es cierto que existen ejemplos de países que a pesar de no haber tenido en sus constituciones (en manera alguna) una base legal que les permitiera su membresía a tratados de integración y que han optado, sin embargo, por incorporarse a los mismos, no lo es menos que los debates levantados en consecuencia y las dudas constitucionales planteadas, obligaron en estos casos a reformar, a posteriori, las cartas magnas a fin de adaptarlas a las exigencias que la regionalización les imponía¹³.

Por otro lado, existe una legitimidad *indirecta/de ejercicio* (considerando el ejemplo anterior, los órganos creados en el proceso de integración toman decisiones plasmadas en normativas que, en muchos casos, deben ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados que los conforman siguiendo los procedimientos previstos en las Constituciones y leyes relacionadas a la incorporación de Tratados.

En muchos casos, las Constituciones hacen especial referencia a la incorporación de Tratados de integración y su normativa concordante). Estas dos legitimidades forman parte de una dimensión denominada "amplia", ya que analiza las relaciones democráticas de retroalimentación entre los Estado-parte y las instituciones creadas al interior del proceso de integración. Existe un interés

13. A. PEROTTI, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. Estudio sobre los Estados del MERCOSUR. Montevideo: Konrad Adenauer, 2004, p. 34.

intrínseco, entonces, en que los Estados que conforman un proceso de integración sean Estados que sostengan órdenes democráticos internamente (que esté garantizada la gobernabilidad democrática y el Estado de Derecho) y que se mantengan esta situación en cuanto exista este proceso de integración. Garantizando estos extremos se logra obtener cierta legitimidad al proceso de integración, al menos de forma indirecta.

En este sentido, se utilizan mecanismos institucionales desde el proceso de integración para garantizar dicho interés. El Protocolo de Ushuaia en el MERCOSUR, como se verá más adelante, es un ejemplo de este supuesto. A su vez, en la Unión Europea se fomenta la promoción de la democracia y la observación de las elecciones en sus Estados miembros, aplicando procedimientos similares a los utilizados en el MERCOSUR. La base jurídica de dicho contenido, se encuentra prevista en los artículos 2¹⁴ y 21¹⁵ del Tratado de la Unión Europea (TUE) y el artículo 205¹⁶ del Tratado de Funcionamiento

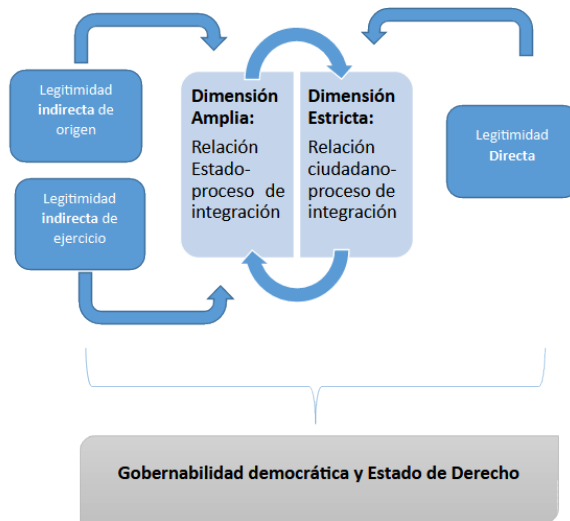
14. Establece el art. 2 del TUE: "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres". Unión Europea, TUE, Boletín Oficial, 30.3.2010.
15. La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional. Unión Europea, TUE, Boletín Oficial, 30.3.2010.
16. Establece el art. 205: "La acción de la Unión en la escena internacional, en virtud de la presente parte, se basará en los principios, perseguirá los objetivos y se realizará de conformidad con las disposiciones generales contempladas en el capítulo 1 del título V del Tratado de la Unión Europea". Unión Europea, TFUE, Boletín Oficial, 30.3.2010.

de la Unión Europea (TFUE)¹⁷ y también se prevé un procedimiento para garantizar la vigencia del orden democrático¹⁸.

Además de esta dimensión amplia, también fue clasificada una dimensión de análisis estricta que focaliza su atención en la relación ciudadano/proceso de integración (herramientas generadas desde el propio proceso de integración para garantizar la participación y representación de los ciudadanos en los órganos que toman decisiones al interior del propio proceso de integración y garantizar cierta gobernabilidad democrática en sentido estricto, esto es, de qué forma se consigue atender a las demandas sociales desde el propio proceso de integración). Sin embargo, en el presente trabajo no nos explayaremos en esta cuestión, ya que no forma parte del tema central del análisis.

17. L. Eleter. *Permanencia de los sistemas democráticos en los Estados miembros del MERCOSUR y de la UNIÓN EUROPEA como condición para formar parte de la integración regional*. Revista de la Secretaría del TPR, 2020, año 8, n° 16.

18. ART. 7 del Tratado de la Unión Europea (TUE) En su apartado 2 establece que: "El Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones. Asimismo, en el apartado 3 indica que: " Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas. Unión Europea, TUE, Boletín Oficial, 30.3.2010.



Estas dos perspectivas (amplia y estricta), junto con las legitimidades directas e indirectas, se encuentran relacionadas y la una no puede existir sin la otra. Es necesario que los Estados que conforman el proceso de integración sean Estados democráticos que doten de cierta legitimidad ciudadana al proceso de integración y, a la vez, a medida que se va profundizando el proceso de integración, es necesario que los propios órganos creados encargados de tomar decisiones también encuentren cierta legitimidad ciudadana directa para evitar que se provoque un déficit democrático cada vez mayor. De esta forma, a la vez que se intenta garantizar la gobernabilidad democrática y el Estado de Derecho al interior de los Estados que forman parte del proceso de integración, también, se acaba dotando de cierta legitimidad

democrática al propio proceso de integración en una relación de retroalimentación. El siguiente gráfico ilustra lo indicado hasta aquí.

Como se dijo anteriormente, el Protocolo de Ushuaia de compromiso democrático del MERCOSUR se encuentra inserto en la dimensión amplia de análisis como un instrumento para garantizar la legitimidad indirecta dentro del proceso e integración¹⁹.

Así, este Protocolo es considerado el primer instrumento jurídico que ha dispuesto el Mercosur para lograr el objetivo de propender al mantenimiento y la consolidación del régimen democrático.

El Protocolo de Ushuaia, también conocido como la cláusula democrática del Mercosur, marca en su artículo primero que "*la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración*". Para luego establecer en su artículo segundo que se aplicará en los casos de interrupción del régimen democrático en alguno de los Estados miembros.

Se estableció, por decisión CMC n. 18/04 que los países de la ALADI que deseen asociarse al Mercosur deberán adherir al mentado Protocolo de Ushuaia. De esta forma, se estableció como principio básico que cualquier país que decida adherirse al Mercosur deberá ser signatario del Protocolo de Ushuaia, debiendo, entonces, ser un país que respete los principios del orden democrático.

19. El Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, firmado el 24 de julio de 1998, ha establecido la instrumentación de determinados procedimientos a seguir en caso de que suceda alguna ruptura del orden democrático en alguno de los países que lo conforman.

El Protocolo establece su propio mecanismo para garantizar los principios que se proponen proteger. En primer término, establece las llamadas "consultas pertinentes", que serán llevadas entre los Estados que aún conservan la democracia y aquel que está atravesando una ruptura institucional y, sólo en caso de fracasar, se llevarán adelante otras medidas que puedan tomarse teniendo en cuenta su "naturaleza y el alcance", lo que deberá estar meritado en base a la gravedad de las circunstancias.

Asimismo, se establece que las medidas que fueran adoptadas lo serán mediante consenso de los Estados, y deberán comunicarse al Estado afectado. También establece que entrarán en vigencia a partir del momento en que sean comunicadas y cesarán en el mismo momento en que se restablezca el orden democrático en el Estado al cual se le impusieron las medidas. Tal retorno al orden democrático deberá ser efectivo, no bastando con medidas intermedias para considerar finalizada la medida impuesta por el proceso de integración.

Las medidas a las que refiere el protocolo para los casos de ruptura del régimen democrático vigente van desde "[...] la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos".

El Protocolo de Ushuaia se presenta como un instrumento jurídico que tiene como finalidad garantizar la gobernabilidad democrática y el Estado de derecho en los Estados que conforman el MERCOSUR. Sin embargo, este instrumento, a pesar de contener un mecanismo procesal específico tendiente a cumplir su

objetivo, no se presenta como suficiente, completamente eficiente y ausente de lagunas normativas, como se verá más adelante. Ante esta circunstancia es que resulta necesario la existencia del intérprete judicial para determinar la extensión del contenido de dicho Protocolo al aplicarse al caso concreto. Esto será visto cuando se analice el Laudo del TPR 1/2012. Previamente daremos cuenta de cuál sería la función jurisdiccional en un proceso de integración y cómo funciona, específicamente, en el MERCOSUR.

3. EL ESTADO DE DERECHO Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

Como fue indicado anteriormente, el Estado de Derecho está emparentado con el imperio de la ley escrita y el principio de legalidad (presuponiendo al Estado, la soberanía y la concepción del Derecho como norma escrita). Sin embargo, también se mencionó, que el Derecho, mediante la invención de un sistema primario (creación de un sistema de normas que reglamente la conducta de los sujetos de derecho, representando normas generales que solucionan casos genéricos) no siempre son suficiente para solucionar los casos específicos que se presentan en la realidad, haciéndose necesaria la implementación de la función jurisdiccional.

Los elementos que configuran la función jurisdiccional dentro de un proceso de integración variarán dependiendo de la vertiente de que se trate. En los procesos con características intergubernamentales se tienden a instrumentar mecanismos de solución de controversias más laxos e identificados con el arbitraje, con lo cual, salvo que se creen sistemas ágiles y altamente técnicos, no

se pueden garantizar soluciones uniformes a las diversas controversias que puedan surgir. Además, los particulares muchas veces no tienen legitimidad activa ni pasiva²⁰. Por el contrario, procesos con características supranacionales precisarán un sistema jurisdiccional más complejo, en donde los particulares puedan ser legitimados activos y pasivos.

En este sentido, podemos identificar los diferentes elementos de la función jurisdiccional en los procesos de integración como los siguientes: En primer lugar (i) *solucionar el caso concreto* (resolver la controversia de que se trate de forma imparcial y pacífica): este motivo es el más obvio. Se entiende, entonces, que entre los Estados que conforman un proceso de integración, al entrar en relaciones más estrechas y obligarse recíprocamente a cumplir una normativa específica, puedan surgir mayores conflictos de intereses e incumplimientos. Así, la creación de un mecanismo de controversia específico sirve como una herramienta para resguardar los intereses vulnerados por el incumplimiento. En este sentido, las partes (conflicto entre Estados, entre Estados y particulares o entre particulares, dependiendo de la forma que se le haya dado al sistema de solución de controversias) podrán contar con una garantía de que los derechos y objetivos asumidos no serán vulnerados arbitrariamente y, en caso de que esto ocurra, podrán contar con un tercero imparcial que pueda resolver la cuestión de que se trate. En segundo lugar, los encargados de solucionar una controversia también tienen como función la de (ii) *Interpretar la normativa vigente que rige el proceso de integración, ya que, al*

20. R. Ruiz Díaz Labrano. *Mercosur, Integración y Derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 532.

solucionar el caso concreto es indefectible que se realice un trabajo de interpretación normativa. Esto es de relevancia fundamental en los procesos de integración, especialmente, en aquellos que recientemente creados. Se trata de indagar sobre el sentido de la normativa emanada por los órganos decisorios, determinando su contenido y alcance preciso, considerando las particularidades del caso concreto de que se trate. Por otro lado, al interpretar puede suceder que se procure (iii) *completar lagunas normativas, en caso de que proceda*, debido a que, al aplicar la normativa al caso concreto, pueda ocurrir que ésta no se solucione con su mera aplicación e interpretación. En este caso, aquellos llamados a solucionar el caso concreto deberán completar la laguna normativa dándole un sentido que sea susceptible de dar una solución al caso. Asimismo, es necesario que sea: (iv) *garantizado el orden jurídico que rige el proceso de integración y la jerarquía normativa existente*: los procesos de integración poseen un orden jurídico específico y la organización de un orden jerárquico interno. Así como sucede con el derecho interno, aquellos llamados a resolver conflictos jurídicos entre las partes son los guardianes de este orden. Conjuntamente con lo dicho hasta aquí, en la labor de solucionar el caso concreto e interpretar la normativa vigente debe tenerse como objetivo (vi) *resguardar los objetivos planteados en el Tratado constitutivo*. Por último, se debe (vii) *garantizar una interpretación uniforme de la normativa*. De esta forma se le otorga credibilidad al proceso, certeza y confiabilidad, tanto a los protagonistas como a los terceros (públicos y privados). Un marco de seguridad jurídica puede garantizar soluciones justas a dichas controversias.

4. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL: EL CASO DEL MERCOSUR

En el MERCOSUR fue creado un mecanismo de solución de controversias que, de cierta forma, responde a su carácter intergubernamental²¹ y que, en trabajos anteriores fue categorizado de "híbrido"²².

Los objetivos de este mecanismo pueden encontrarse tanto en el Protocolo de Brasilia (PB) (originariamente) como en su documento sucesor el Protocolo de Olivos (PO)²³. En el primer instrumento ya se indicaba que los objetivos del subsistema eran: "disponer de un instrumento eficaz para asegurar el cumplimiento del mencionado Tratado y de las disposiciones que de él deriven" y "contribuir al fortalecimiento de las relaciones entre las Partes sobre la base de la justicia y de la equidad". Por su parte, el PO marca como objetivos:

21. La estructura jurídico-institucional del MERCOSUR es eminentemente intergubernamental, esto debido al hecho de que los órganos decisorios están compuestos por funcionarios perteneciente a los Estados-parte; las decisiones son adoptadas por consenso, no existe una aplicación directa, inmediata ni superior de la normativa mercosureña en los Estados-partes; el proceso está fuertemente influenciado por las decisiones adoptadas por los Poderes Ejecutivos de los Estados partes. Asimismo, como fue indicado los párrafos anteriores, los procesos con características intergubernamentales, se tienden a instrumentar mecanismos de solución de controversias más laxos e identificados con el arbitraje.
22. El mecanismo de solución de controversias, en su fase de cumplimiento, fue categorizado como un "sistema híbrido" (encontrando elementos que lo asemejan a la clásica ejecución de Laudos arbitrales, pero también, con características relacionada a la ejecución de sentencias de tribunales internacionales). B. Maffei. *Herramientas procesales para el cumplimiento de los Laudos Arbitrales del MERCOSUR*. Trabajo presentado en: Semana de Arbitraje y Mediación del MERCOSUR llevada a cabo del 16 al 20 de mayo de 2022. Organizado por la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión y *El cumplimiento de los Laudos Arbitrales del MERCOSUR: ¿Actualidad?, perspectivas y modificaciones*. IX Congreso Eurolatinoamericano sobre integración 30 de noviembre. 01 y 02 de diciembre del 2022.
23. Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR.

“garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del MERCOSUR, de forma consistente y sistemática”. Además, el PO reconoce que la evolución del proceso de integración en el ámbito del MERCOSUR requiere del perfeccionamiento del sistema de solución de controversias.

Por otro lado, el ámbito de aplicación, esto quiere decir, la normativa que puede someterse al control, aplicación e interpretación del mecanismo de solución de controversias es: el Tratado de Asunción (TA), el Protocolo de Ouro Preto (POP), los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del TA, las Decisiones del Consejo del Mercado Común (CMC), las Resoluciones del Grupo del Mercado Común (GMC) y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM). Asimismo, esto no excluye la facultad de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc (TAH) o la del TPR de decidir *ex aequo et bono*, si las partes así lo acordaren²⁴.

Con la firma del PO el 18 de febrero de 2002, y su posterior Protocolo modificatorio, se cambió la estructura para la solución de controversias y se perfeccionó el sistema vigente²⁵. Se creó

24. Además, los Estados Partes que formen parte del MERCOSUR reconocen como obligatoria, *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc que en cada caso se constituyan para conocer y resolver las controversias a que se refiere el presente Protocolo, así como la jurisdicción del TPR.

25. El mecanismo de solución de controversias creado en el MERCOSUR se fue modificando conforme el paso del tiempo desde la firma del TA, hasta la actualidad. Con la firma del TA el 26 de marzo de 1991 se estableció en su Anexo III un sistema provisorio para resolver controversias, caracterizado por negociaciones intergubernamentales directas. El 17 de diciembre de 1991 se suscribió el PB, iniciativa también provisorio, aunque prolongada hasta el año 2004, constituyó el inicio formal de un esquema procedimental dominado Tribunales Arbitrales Ad Hoc.

una instancia permanente, de actuación, el TPR, para garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de Integración, que puede entender en primera y única instancia o bien como un tribunal de "apelación" a pedido de un Estado Parte involucrado en una controversia respecto de la aplicación del derecho en un pronunciamiento anterior de un TAH (arts. 19 23 y 17 PO)²⁶.

Este sistema se encuentra organizado en tres fases. La primera de ellas conformada por las negociaciones directas (instancia obligatoria) y la segunda por la mediación del GMC. Ambas conforman una instancia precontenciosa o prejurisdiccional, que tiene como objetivo que los Estados partes puedan solucionar sus controversias antes de someterla a la instancia jurisdiccional, propiamente dicha. Vencidos los plazos para llegar a una solución en la etapa precontenciosa, sin que la controversia obtenga solución, cualquiera de los Estados Partes puede iniciar directamente el procedimiento arbitral previsto.

De esta forma, se inicia la tercera fase, que es la propiamente jurisdiccional, representada por el proceso arbitral ad hoc o la intervención directa del TPR, en caso de que los Estados involucrados decidan someter la cuestión directamente al TPR, siempre que haya común acuerdo. En caso de que se haya decidido iniciar

26. Existe, además, una función consultiva del TPR, tendiente a que el Tribunal efectúe pronunciamientos fundados que no son vinculantes ni obligatorios basado en preguntas de carácter jurídico respecto de la interpretación y aplicación de las normas Mercosur en un caso concreto, las llamadas Opiniones Consultivas (OC). Con esto se intenta resguardar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados Partes. En este trabajo no vamos a profundizar sobre esta cuestión, ya que el objetivo es focalizarse en la función jurisdiccional.

el proceso arbitral ad hoc, una vez emitido el Laudo por el TAH, existe la posibilidad de que se plantee un recurso de revisión de ese Laudo y, en este caso, el TPR actúa como tribunal de alzada el cual podrá confirmar, modificar, o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del TAH. Su pronunciamiento es, en última instancia, inapelable prevaleciendo sobre este último (arts. 17, 22 y 26, inciso 2° PO)²⁷.

Como se puede observar de lo explicado hasta aquí, el sistema de solución de controversias en el MERCOSUR no prevé la actuación de particulares. Los ciudadanos no tienen acceso directo ni a los TAH, ni al TPR. Son los Estados (nuevamente los Ministerios de Relaciones exteriores) los que deben absorber los reclamos de particulares y someterlos, luego, de un procedimiento interno, al mecanismo de solución de controversias²⁸. De esta forma, se puede afirmar que el sistema de solución de controversias carece de legitimidad democrática directa en la dimensión estricta (relación ciudadano/proceso de integración), los ciudadanos no elijen a los árbitros de forma directa y tampoco participan del proceso de toma de decisión como legitimados activos para petitionar al respecto de la violación de algún dispositivo normativo regional.

No obstante, identificado el déficit democrático que caracteriza al sistema de integración en su dimensión estricta, no sucede lo mismo en la dimensión amplia en la que, el mecanismo de solución de controversias, posee alguna injerencia en la aplicación de la cláusula democrática del PU, en los términos que se pasarán a

27. Información obtenida de la página web del TPR. Disponible en: https://www.tprmercosur.org/es/sol_contr_ini_proc_gral.htm.

28. Previsto en el artículo 39 a 44 del PO.

exponer. Para tal fin se analizará una controversia sometida al TPR que dio lugar a la emisión del Laudo 1/2012.

5. LA RELACIÓN PU/PO Y EL AFIANZAMIENTO DE LA GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA Y DEL ESTADO DE DERECHO: LAUDO 1/2012

En el año 2012, los Estados del MERCOSUR, en una Cumbre celebrada en la ciudad de Mendoza, Argentina, adoptaron el 29 de junio, la decisión de suspender a la República del Paraguay del derecho a participar en los órganos del Mercosur y de las deliberaciones, en los términos especificados en el punto 2 de este trabajo. Junto con esta suspensión se decide convocar una reunión especial para la admisión oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Considerando estos precedentes la República de Paraguay interpone una medida de urgencia ante el TPR²⁹ con el objetivo de que se declaren inaplicables: (I) La decisión de suspender a Paraguay, (II) la Declaración que incorpora a Venezuela.

Paraguay argumenta en su reclamo: (I) la gravedad de las medidas adoptadas en la Cumbre de Presidentes causan gravamen irreparable por el hecho de que impiden ejercer sus derechos soberanos e inalienables como Estado fundador del MERCOSUR, (II) cuestiona la legitimidad de los Jefes de Estado para adoptar decisiones obligatorias en razón de que las cumbres presidenciales no constituyen ni integran los órganos del MERCOSUR y que las decisiones no se ajustan a su normativa, (III) considera que no hubo

29. La medida de Urgencia es un procedimiento especial y excepcional que consiste en que el TPR analice una controversia en un tiempo acotado y rápido con el objeto de resguardar posibles daños irreparables a las partes. Esta medida se encuentra reglamentada en la MERCOSUR/CMC/DEC. N° 23/04.

ruptura del orden democrático y que no se realizaron las consultas previstas en el artículo 4 del PU³⁰, (IV) alega que las demás instancias a las que se podría recurrir dentro del sistema de solución de controversias del MERCOSUR quedarían excluidas a raíz de los efectos de la suspensión e imposibilidad de participación de los representantes de Paraguay en los órganos que deben intervenir para conformar el procedimiento. Considera que en esta situación el TPR tendría competencia para entender originariamente en la controversia suscitada.

Por su lado, la República Argentina, la República de Brasil y la República Oriental del Uruguay, plantean de forma conjunta su respuesta. En este sentido, ponen en primer lugar ciertas cuestiones preliminares, argumentando que: "(I) el PU escapa al sistema de solución de controversias del MERCOSUR, y que representa la norma base del proceso de integración, del que deriva la legitimidad de los Estados Partes para integrar el MERCOSUR. Solicitan que el TPR se declare incompetente en razón de la materia", (II) la inadecuación de la vía elegida, porque el procedimiento para casos excepcionales de urgencia del art. 24 del PO fue prevista estrictamente para, casos específicos de naturaleza comercial y su viabilidad depende del cumplimiento de requisitos acumulativos enunciados en la norma que no se aplican a esta acción. Por otro lado, y en caso de que esas cuestiones preliminares no sean consideradas por el Tribunal, relativo a las cuestiones de fondo sostiene que:(a) Respecto del procedimiento para aplicar el art. 5

30. Establece del Art.4 del PU: "En caso de ruptura del orden democrático en un estado parte del presente Protocolo, los demás Estados Partes promoverán las consultas pertinentes entre sí y con el Estado afectado".

del PU, alegan que no se prevé rito solemne ni formalidades para llevarlo a cabo y que las medidas a adoptar son de naturaleza estrictamente política, (b) argumentan la legalidad de la suspensión de Paraguay en virtud de que realizaron consultas previas con diversos actores políticos paraguayos a los que solicitaron sea respetado el derecho de defensa y la garantía del debido proceso, (c) sostienen la competencia de los Jefes de Estado para adoptar la decisión de suspensión en virtud de que el PU nada establece al respecto. A la vez, señalan la proporcionalidad de la medida que fue lo menos gravosa posible, y de carácter provisorio. Con relación a la incorporación de la República Bolivariana de Venezuela diferencian dos actos: la aprobación de solicitud de adhesión y la declaración de incorporación de un nuevo miembro. La primera, prevista en el art. 20 del TA, que requiere unanimidad y la segunda, de carácter declaratorio, que no necesita unanimidad. La participación de Paraguay en las decisiones, en su carácter de suspendido, tornaría ineficaz el PU.

Sustanciados los argumentos de las dos partes el TPR debía analizar, por primera vez, sobre diversas cuestiones y de considerable relevancia³¹. En primer lugar, era la primera vez que era planteada una medida de urgencia y, en este sentido, cobraba importancia todo aquello que el Tribunal pudiera interpretar al respecto sobre la aplicación de la Decisión 23/04. En segundo lugar, era la primera vez que el Tribunal entendería sobre la aplicación correcta o no de una medida de tamaño envergadura como es la suspensión a un Estado y, en consecuencia, puede decirse con

31. LAUDO 1/2012. Disponible en: https://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf.

esto, que era la primera vez que estaban en disputa asuntos que no estaban estrictamente relacionadas con cuestiones comerciales.

La cuestión específica que interesa a este trabajo es el tratamiento que le da el TPR a la relación entre el PU y el PO y su competencia para entender en la materia. En este sentido, el TPR determina que: "la observancia de la legalidad de los procedimientos previstos en el PU son susceptible de revisión en el marco del sistema de solución de controversias del MERCOSUR. Lo mismo se aplica a cuestionamientos relacionados con la aplicación e interpretación de dicho Protocolo, en la medida en que el hecho concreto, por su naturaleza, demande un examen de legalidad".

Básicamente lo que interpreta el Tribunal es que el PU conforma el plexo normativo del MERCOSUR y que el Artículo 1.1 del PO, lo habilita para analizar alguna cuestión relacionada con este Protocolo. Sostiene, además que: "La jurisdicción del sistema de solución de controversias, de esta forma, se extiende *ratione personae* a los Estados miembros del MERCOSUR. *Ratione materiae*, esta jurisdicción se conforma sobre controversias entre los Estados Partes referidas a la interpretación o incumplimiento de la normativa MERCOSUR". No hay, de forma implícita o explícita en el texto del PO, exclusión de jurisdicción con base a la materia objeto de la controversia.

El sistema de solución de controversias abarca las normas del PU en la medida en que afecten o puedan afectar derechos y obligaciones de cualquiera de los Estados Parte. Por lo tanto, no cabe discutir el derecho a recurrir a ese sistema que tiene un Estado Parte que considere que se han vulnerado sus derechos en

aplicación de las normas del PU. Asimismo, los árbitros reconocen, al mismo tiempo, el impacto político que podría causar al interior de los Estados partes una decisión del TPR sobre la correcta aplicación del PU, pudiendo, por ejemplo, abarcar desde que no se verificaron que los Estados hayan arbitrado las consultas previstas en el art. 5 del PU, hasta una decisión que interprete que no se dieron las circunstancias necesarias para declarar una suspensión y, en consecuencia, considerar que no hubo una ruptura al orden democrático.

Sin embargo, sostienen que la intención de interpretar sobre estas cuestiones no se orienta a crear un orden supranacional, sino, a interpretar los textos aprobados por los Estados Partes, sin sustituir su voluntad, pero advirtiendo que dicha voluntad también se expresa en los tratados internacionales que suscriben y en las decisiones adoptadas en su consecuencia. Como consecuencia de esta interpretación se deduce, entonces, que un Estado que se encuentra suspendido del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración no queda excluido a recurrir dentro del sistema de solución de controversias del MERCOSUR, manteniéndose los representantes en los órganos que deben intervenir para conformar el procedimiento.

De esta argumentación se deduce, utilizando los términos desarrollados en este trabajo, que el TPR, a partir del Laudo 1/2012, tiene la competencia para entender sobre la cláusula democrática del bloque y analizar la existencia o no de una ruptura del orden democrático en alguno de los Estados-partes. En este sentido, el TPR se torna un guardián de la vigencia del PU y de la cuestión

democrática en la dimensión amplia (Estados-Procesos de integración). En este sentido, si el TPR entendiera que no se dieron las circunstancias necesarias para declarar una suspensión, ergo, entiende que no hubo una ruptura del orden democrático al interior del Estado y, viceversa.

CONSIDERACIONES FINALES

Este trabajo pretendió dar una visión desde los procesos de integración y, específicamente desde MERCOSUR, a la temática del evento: "*Rule of Law* en Latinoamérica y Europa".

El eje de análisis sobre el cuál se estructuró el trabajo consistió en saber si el TPR podría poseer alguna injerencia tendiente a garantizar la gobernabilidad democrática y el Estado de Derecho en los Estados que conforman este proceso de integración. Para ello, en primer lugar, se hizo un esclarecimiento previo en torno a las nociones: Gobernabilidad democrática, Estado de Derecho y *Rule of Law*. Se indicó que estos tres términos se encuentran relacionados, pero que, sin embargo, no quieren significar exactamente lo mismo. Se concluyó que la noción de Estado de Derecho se encuentra emparentada más estrechamente con el imperio de la ley escrita y el principio de legalidad. Sin embargo, si consideramos a la norma como dispositivo general que intenta abarcar la generalidad de casos (solucionar casos genéricos) se indicó que ésta, difícilmente, pueda dar solución a todos los casos específicos. En estos casos, entonces, es necesaria la intervención del intérprete judicial (función jurisdiccional) y lo mismo sucede en los procesos de integración regional. Sin embargo, en el caso de los procesos

de integración, se concluyó que la organización, efectividad y competencias de la función jurisdiccional en estos procesos dependerán de la vertiente (supranacional o intergubernamental) que predomine en el mismo.

A su vez, se habló de dos dimensiones de análisis en lo que respecta a la legitimidad democrática en los procesos de integración que se encuentran vinculadas. La dimensión estricta, que analiza la relación ciudadano-proceso de integración, y la dimensión amplia, que se centra en analizar las relaciones entre los Estados y el proceso de integración. En esta última es que se crean mecanismos desde los procesos de integración para garantizar el orden democrático en los Estados partes que forman parte del proceso y, en el MERCOSUR, esto quedó establecido a través de la entrada en vigor del PU de compromiso democrático.

No obstante, el PU no hace una mención específica sobre la relación entre él y el PO y, ante la existencia de esta laguna normativa, el TPR se vio en la necesidad de completarla realizando una reinterpretación del PO ante una controversia suscitada en el año 2012. Sostuvo, en esa oportunidad, que el mecanismo de solución de controversias no fue creado solo para resolver cuestiones comerciales, sino, también, cuestiones de que se encuentran más emparentadas a lo institucional, como puede ser la suspensión de un Estado por aplicación del PU. Es en este sentido que advertimos que la pregunta que guió el análisis en este trabajo puede ser respondida de forma afirmativa. En este sentido, el TPR, a partir de la interpretación dada en el Laudo 1/2012 fijó el criterio de que puede entender sobre la aplicación de este Protocolo de compromiso

democrático y, de esta forma, declarar que el mismo se aplica de forma correcta o no y, en consecuencia, tiene cierta injerencia en el sentido de garantizar la gobernabilidad democrática y el Estado de Derecho en los Estado que conforman el bloque.

Lamentablemente, el TPR en esa oportunidad, no pudo emitir un Laudo sobre el fondo del asunto, ya que la parte que había reclamado, Paraguay, utilizó una herramienta procesal que no está prevista para los casos de aplicación de PU. Se trata de las llamadas medidas de urgencia que es un procedimiento rápido para solucionar controversias cuyo objeto sea un bien perecedero y, por ese motivo, se desestimó el reclamo.

Por otro lado, cabe advertir que la normativa relacionada al mecanismo de solución de controversias no previó la existencia de seguimiento obligatorio del precedente, con lo cual, nada obstaría a que, en caso de que surja un caso de similares características en el MERCOSUR, el TPR (ante una nueva conformación) pueda decidir en sentido contrario e indicar que el mecanismo de solución de controversias solo debe activarse cuando se trata de cuestiones comerciales. También es cierto que, en caso de que se decida en sentido contrario al precedente anterior, el Tribunal deberá realizar un esfuerzo argumentativo mayor para instalar una nueva interpretación en este sentido.

REFERENCIAS

A. Perotti, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. Estudio sobre los Estados del MERCOSUR. Konrad Adenauer. Montevideo, 2004.

B. L. Maffei. *Herramientas procesales para el cumplimiento de los Laudos Arbitrales del MERCOSUR*. Trabajo presentado en: Semana de Arbitraje y

Mediación del MERCOSUR llevada a cabo del 16 al 20 de mayo de 2022.
Organizado por la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión.

B. L. Maffei. *El cumplimiento de los Laudos Arbitrales del MERCOSUR: ¿Actualidad?, perspectivas y modificaciones*. IX Congreso Eurolatinoamericano sobre integración 30 de noviembre, 01 y 02 de diciembre del 2022.

D. Filmus. Revista Aportes Andinos N° 13. Gobernabilidad, democracia y derechos humanos. Programa Andino de Derechos Humanos-Universidad Andina Simón Bolívar. Marzo, 2005.

E. Bulygin, Eugenio. Universidad de Buenos Aires. ISONOMÍA No. 18 / Abril 2003.

J. Raz. La autoridad del derecho, México, UNAM, trad. de Rolando Tamayo, 1988.

R. Ruiz Díaz Labrano. *Mercosur, Integración y Derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

L. El eter. *Permanencia de los sistemas democráticos en los Estados miembros del MERCOSUR y de la UNIÓN EUROPEA como condición para formar parte de la integración regional*. Revista de la Secretaría del TPR, 2020, año 8, n° 16.

A.C. Pereira Menaut. *Rule of Law o Estado de Derecho*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A Madrid, 2003.

R. McCorquodale. *Defining the international rule of law: defying gravity? In The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, No. 2 (APRIL 2016), pp. 277-304. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/24762354> 298.

T. Bogoslavsky Minolli; B. L. Maffei. *La eficacia de los instrumentos del MERCOSUR para mantener las democracias dentro del bloque*. MAFFEI, Brenda; ECHAIDE, Javier. *El Parlamento del MERCOSUR. Aspectos amplios y estrictos de la cuestión democrática en el bloque*, Buenos Aires: Euros Editores, 2015; B. L. Maffei. *El déficit democrático en los procesos de integración y el rol de la función jurisdiccional desde una perspectiva sistémica: el caso del MERCOSUR*. Trabajo presentado en: xii encuentro internacional do conpedi buenos aires – argentina direito internacional ii. Disponible em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/w7dsqk3y/4ifc205b/lrTOV529yf2hZ7zy.pdf>.

Received on 29/02/2024

Approved on 07/05/2024

O SUPREMO TEATRO:

Como o individualismo e a extrema publicidade
estão minando o processo decisório
do Supremo Tribunal Federal¹

Francesco Saccoliti²

João Paulo de Moura Gonet Branco³

RESUMO: A promulgação da Constituição Federal de 1988 provocou significativa expansão das competências do Poder Judiciário, bem como um considerável crescimento da influência de seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal (STF), na vida cotidiana. A mudança se concretizou por significativas reformas no sistema então vigente, bem como pela evolução natural do contexto político-social do país. Tal contexto, diretamente influenciado pelo ânimo da redemocratização do País no momento da constituinte, levou a uma aproximação gradual do Tribunal com as demandas mais sensíveis da sociedade. No momento, uma das principais ferramentas de conexão entre a opinião pública e a Corte tem sido o peculiar processo decisório desta, que, se por um lado parece favorecer a transparência e a participação da população, por outro provoca certa inquietação em parcela dos estudiosos do assunto, nomeadamente no que diz respeito ao elevado individualismo dos Ministros integrantes do Tribunal e à “extrema” publicidade que não raramente predominam no processo. Diante desse contexto, o objetivo do presente trabalho é evidenciar em que medida essas questões afetam o atual processo decisório do Supremo, bem como sugerir alternativas para a superação de outras consequências negativas decorrentes do atual modelo brasileiro. A pesquisa adota uma análise qualitativa aprofundada da doutrina pertinente sobre os temas, com um pequeno vislumbre comparativo de outras experiências constitucionais. O artigo sugere a

1. F. Saccoliti, J. P. M. G. Branco, *O Supremo Teatro: Como o Individualismo e a Extrema Publicidade estão Minando o Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal*, in *Latin American Journal of European Studies*, v. 4, n. 1, 2024, p. 120 et seq.
2. Doutorando em Global Studies. Institutions, Rights and Democracy na Università di Macerata (UniMC) – Currículo em Direito Público Comparado. LL.M. em Human Rights and Criminal Procedure pela University of Groningen. Graduado em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre (Uniroma-tre).
3. Estudante de Direito no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Aluno visitante da Universidade de Roma Tre.

necessidade urgente de reformar o atual mecanismo de deliberação do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de reduzir o individualismo desproporcional e a transparência excessiva que caracteriza o rito decisório do Tribunal.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal; processo decisório; justiça constitucional.

THE SUPREME THEATRE: HOW INDIVIDUALISM AND THE EXTREME PUBLICITY ARE UNDERMINING THE DECISION-MAKING PROCESS OF THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ABSTRACT: With the enactment of the 1988 Brazilian Federal Constitution, the Brazilian constitutional system witnessed a great expansion of the powers of the Judiciary, along with a considerable growth of the influence of the Supremo Tribunal Federal (STF) in the everyday life. Not only were such changes brought by crucial reforms, but also by the change of the social-political context. Such a context, characterized by the desire of re-democratization of the Country, led to a gradual opening of the Tribunal to the society. So far, one of the major connection tools between the Court and the public opinion has been the peculiar decision-making process of the STF. If on the one hand such process seems to have favoured transparency and participation of the society to the life of the Tribunal, on the other hand it has created not few concerns, namely with regard the high individualism and the extreme publicity that both govern the decision-making process. Indeed, the objective of the present work is to inquire the extent to which these issues affect the current decisional process of the Supremo, also with the aim to find how further negative consequences might be overcome. The research adopts an in-depth qualitative analysis of the relevant doctrine on the issues, with a small comparative glimpse on other constitutional experiences. The paper suggests the urgent need to reform the current mechanism of deliberation of the Supremo Tribunal Federal, with the aim of reducing the abovementioned disproportionate individualism and excessive transparency.

KEYWORDS: Supremo Tribunal Federal; decision-making process; constitutional justice.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Uma ausência (quase) total de diálogo: o modelo *seriatim* de deliberação do Supremo; 2. As decisões monocráticas: uma forma peculiar de revisão judicial individual; 3. "O juiz entrou na reunião": O Plenário Virtual e o futuro das deliberações no STF?; 4. TV Justiça e a publicidade extrema do processo decisório do Supremo; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A boa compreensão das questões mais particulares do processo decisório do Supremo Tribunal Federal (STF) exige uma recapitulação, ainda que breve, do desenvolvimento da ideia jus filosófica de Constituição, para compreender as influências estadunidense e europeia no Tribunal.

A superação da ideia de “sobrevalorização” da supremacia da lei e do Parlamento, decorrente das ideias filosóficas predominantes no século XVI e XVII,⁴ foi etapa fundamental para a concepção moderna de Constituição. Naquele estágio, a visão técnica do judiciário, poder dissociado da vontade popular, era ponto fomentador de desconfiança que inviabilizaria a atuação dos juízes, ainda compreendidos como simples aplicadores da lei escrita ao caso concreto, como guardiões da lei máxima. Prevalencia a ideia de superioridade da vontade do povo, ou de quem lhes fizesse as vezes. Foi somente com a “queda em sucessão dos regimes monárquicos na Europa, coincidindo com a progressiva adoção do Parlamentarismo” que se fez sentir a necessidade de uma nova fórmula de proteção dos indivíduos.⁵ As crises internacional e social das primeiras décadas do século XX escancaram a ineficácia do Parlamento como guardião da Constituição, com especial razão nos países adeptos do sistema político parlamentarista, em que há proximidade inerente do Legislativo com o Executivo. Poderia, enfim, prevalecer a ideia de Hans Kelsen de que “a anulação do ato inconstitucional é a garantia mais eficaz da Constituição”, e

4. G.F. Mendes, P.G. Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 18ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2023, p. 10.

5. G.F. Mendes, P.G. Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 11.

a anulação dos atos irregulares é a base do sistema de Justiça constitucional concentrado.⁶

Já os revolucionários estadunidenses, que influenciaram fortemente o Direito Constitucional pátrio desde 1891, não tinham maiores receios do Poder Executivo. A principal preocupação dos yankees recaía no Legislativo, em razão da negativa memória recente das abusivas leis da Inglaterra colonizadora, que representaram o estopim para a guerra de independência. O país pós-revolucionário entendeu a constituição suprema e rígida como proteção contra as medidas tirânicas do parlamento.⁷ Estavam dados os temas para que se formasse a doutrina do *judicial review*, que evoluiria acompanhando a jurisprudência do país, e influenciaria o sistema judiciário brasileiro, em especial, o Tribunal objeto deste estudo.

A função precípua do STF é atuar como guardião da Constituição. A Assembleia constituinte, sob influência europeia, pensou em adotar um Tribunal no modelo austríaco, que se limitasse ao controle concentrado e estivesse fora do sistema judiciário, no entanto, diante da constatação de que não se poderia abdicar da tradição centenária brasileira de controle da constitucionalidade, optou-se por atribuir ao Supremo Tribunal Federal a consagração como Corte Constitucional, mas tribunal integrante do organograma do Judiciário.⁸

6. J. de Miguel Bárcena, J.T. Tedaja, *Kelsen versus schmitt política e direito na crise do constitucionalismo*. Lisboa: AADFL Editora, 2022, p. 219.

7. G.F. Mendes, P.G. Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 12.

8. C.M. da Silva Velloso, *Do Poder Judiciário: organização e competência*, in *Revista De Direito Administrativo*, 1995, p. 15 et seq.

As atribuições do Tribunal estão dispostas no artigo 102 da Constituição Federal e perpassam pelas suas competências: ordinária; recursal ordinária e recursal extraordinária.

Por vezes compreendida como a competência mais importante do Tribunal, o processamento e julgamento das ações direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, é função típica das cortes constitucionais do modelo Kelsiano.⁹ Nesse sentido, a Constituição de 1988 trouxe uma importante alteração nas previsões acerca das Ações Diretas, ao alargar o rol de legitimados ativos, que antes se limitava ao Procurador-Geral da República. A inovação do constituinte corrobora com a tese de que o constituinte pretendeu reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, “como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente”.¹⁰

Também competência originária¹¹ do STF prevista na alínea b do inciso II do artigo 102 da Constituição é processar e julgar, nas infra-

9. C. Velloso, *O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional*, in *Revista De Direito Administrativo*, 1993, p. 192.

10. J.J. Gomes Canotilho, G.F. Mendes, I.W. Sarlet, L.L. Streck, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 1492.

11. Além da competência originária, está prevista a competência recursal ordinária, que se destaca por não impor requisitos especiais para o seu conhecimento. Por meio dele, o Tribunal poderá realizar o reexame de fatos e provas na apreciação de questões constitucionais versadas em *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção decididos em uma única instância anterior. Por fim, é característico do STF também a competência recursal extraordinária, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo desta Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; julgar válida lei local contestada em face de lei federal (Brasil, Constituição Federal, 5 de Outubro 1988, Art. 102, III). No sistema do controle difuso de constitucionalidade, em que cada juiz ou tribunal pode examinar a prejudicial de inconstitucionalidade, essa atribuição presta papel fundamental, pois o Recurso Extraordinário “será o corolário dos princípios da coerência e da integridade do direito” (Nesse respeito, ver, e.g., J.J. Gomes

ções penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os Membros do Congresso Nacional, seus próprios membros e o Procurador-Geral da República, por poder se presumir que o Tribunal mais próximo do vértice da pirâmide hierárquica do Sistema Judiciário “tenha mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele”¹², o que seria uma garantia de imparcialidade. Percebe-se a excepcionalidade do instituto desenvolvido como forma de garantia aos envolvidos. No entanto, a prática demonstrou que essa prerrogativa ensejaria mais trabalho que o esperado, e processos criminais vastos em importância e tamanho alteraram o funcionamento do Tribunal. Exemplo paradigmático é o julgamento da Ação Penal 470, que resultou na condenação de vinte e quatro processados, em um acórdão final de mais de oito mil páginas. Tamanho foi o impacto no funcionamento regular da corte, que se decidiu por alterar o Regimento Interno para que passasse às Turmas a competência para julgar as ações penais originárias.¹³

As duas primeiras alíneas do inciso I da Constituição Federal demonstram um robustecimento das funções do Tribunal, o que, inevitavelmente, resulta na maior interferência da Corte na vida política. Manoel Gonçalves ensina que há motivos para supor que a

Canotilho, G.F. Mendes, I.W. Sarlet, L.L. Streck, *Comentários à Constituição do Brasil*, cit., p. 1466).

12. Supremo Tribunal Federal, *Reclamação 473 – Estado da Guanabara*. Relator: Ministro Victor Nunes, Brasília, 6 de junho de 1962, p. 26.

13. Em 2020, a competência retornou ao Plenário.

judicialização da política não foi obra do acaso.¹⁴ Em um cenário de desconfiança da opinião pública nos Poderes Executivo e Legislativo, o judiciário aparecia como uma elite instruída e não corrompida, portanto, confiável, situação inversa do que ocorrera séculos antes, ainda no desenvolver da concepção de Constituição.

A Constituição atribuiu ao Judiciário, além da tradicional função de fiscal da lei, uma nova função, de “guardião da legitimidade”. O propósito de aprimorar o controle sobre os demais poderes acarretou a aproximação do órgão jurisdicional das questões políticas, e, portanto, deu “uma dimensão política à atuação desse Poder [judiciário], até então visto como neutro”.¹⁵ Além disso, a Constituição de 1988 sofreu influência do dito “constitucionalismo democrático”. Decorrente de um movimento histórico em que as constituições não se limitaram apenas ao seu papel tradicional de limitação dos poderes estatais, mas se estenderam para “perseguir um objetivo primordial, qual seja: assegurar a existência de alguns princípios constitucionais fundamentais”.¹⁶ A mudança do propósito e da eficácia das normas constitucionais, cada vez mais amplas, contribuíram para o protagonismo político da Corte.¹⁷

14. M.G. Ferreira Filho, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 190.

15. M.G. Ferreira Filho, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, cit., p. 190.

16. G. Abboud, *Processo Constitucional Brasileiro*, 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 467.

17. Sobre a maior proximidade das Cortes Constitucionais com a política em um ordenamento regido por um texto vago, Kelsen pontuou criticamente: “Não devem ser formulados em termos gerais, nem devem operar com chavões vagos como “liberdade”, “justiça”, etc. Do contrário, existe o perigo de uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa a ele, a qual pode tornar-se expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam

Pode-se dizer que tal papel da Corte deriva principalmente do funcionamento de seu processo decisório que, pelo caráter muitas vezes predominantemente individual e pela publicidade que pode ser compreendida como exagerada, potencializa o papel político dos Ministros e do Tribunal.

Então, o presente trabalho tem como objetivo verificar como e em qual medida os atuais mecanismos do processo deliberativo do Supremo Tribunal Federal, ou seja, o excessivo individualismo e a extrema publicidade estão dificultando e minando a estabilidade da Corte. Para tanto, após breve panorama do princípio constitucional federal brasileiro e do Supremo Tribunal Federal, a primeira seção focará no mecanismo processual da deliberação, qual seja, o modelo *seriatim* de deliberação, juntamente com o papel peculiar do Ministro Relator. A segunda seção será dedicada ao estudo da intervenção judicial individual, representada pelas decisões monocráticas. Posteriormente, na terceira seção, o enfoque será na evolução e na influência do Plenário Virtual nos julgados atuais. A última seção será destinada à análise da publicidade do processo de deliberação do STF, ou seja, à análise da transmissão dos processos por meio da TV Justiça e afins.

1. UMA AUSÊNCIA (QUASE) TOTAL DE DIÁLOGO: O MODELO *SERIATIM* DE DELIBERAÇÃO DO SUPREMO

O Supremo Tribunal Federal adota um modelo de deliberação peculiar, que, como será abordado mais adiante, não deixou de

no Parlamento” (Nesse respeito, veja, H. Kelsen, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Martins Afonso, 2003, p. 262).

suscitar preocupações entre os estudiosos. Na maioria dos países em que predomina a tradição do *civil law*, as cortes supremas e constitucionais, após uma deliberação secreta, adotam suas decisões *per curiam*. Ou seja, a decisão final é proferida "pelo tribunal como um todo, e não por um único juiz e geralmente sem discussão prolongada".¹⁸ Assim, usando as palavras da ex-juíza da Suprema Corte dos Estados Unidos Ruth Bader Ginsburg, não apenas "*the judgment writer neither named nor otherwise identifiable*", mas também "*[d]isagreement, if exists, as inevitable it sometimes does, is not disclosed*".¹⁹ O Supremo Tribunal Federal, ao contrário, adota um modelo externo e agregador de deliberação, típico da tradição do *common law*. Aqui, de fato, o processo de deliberação é público e a decisão é proferida em série, *seriatim*.²⁰ Em síntese, o modelo *seriatim* caracteriza-se pela apresentação seriada das posições individuais de cada membro do órgão colegiado.²¹ De fato, os tribunais que utilizam esse modelo de deliberação normalmente não visam emitir uma opinião final, uma "*opinion of the Court*". Ao

18. Ver Merriam-Webster, "*per curiam*": <https://www.merriam-webster.com/dictionary/per%20curiam>.

19. R.B. Ginsburg, *My Own Words*, United States: Simon and Schuster, 2016, p. 279.

20. RISTF, Art. 124: "*As sessões serão públicas, salvo quando este Regimento determinar que sejam secretas, ou assim o deliberar o Plenário ou a Turma*".

21. Historicamente, esse método de deliberação foi concebido pela tradição da *Common Law*, especialmente pelo *King's Bench*, onde as decisões eram tomadas e publicadas *seriatim*. Posteriormente, tal prática foi adotada também pela *House of Lords*, e finalmente abandonada com a criação, em 2009, da Suprema Corte do Reino Unido. É interessante notar que também a Suprema Corte dos Estados Unidos inicialmente adotou a deliberação *seriatim* e continuou a fazê-lo até Jhon Marshall se tornar *Chief Justice*. Foi nesse momento que a Corte passou a proferir decisão colegiada, os chamados "*opinion of the Courts*". A esse respeito, para uma análise mais detalhada, ver, por exemplo, M.K. Zobell, *Division of Opinion in the Supreme Court: a history of judicial disintegration*, in *Cornell Law Quarterly Review*, vol. 44, 1958-1959.

contrário, todos os Ministros buscam redigir seu próprio voto, que será posteriormente publicado individualmente. A decisão final é composta pela combinação de todos os onze votos individuais dos Ministros. Essa forma de decisão costuma estar atrelada a modelos de deliberação pública, em que cada Ministro deposita seu voto em um discurso pessoal.²² Desse modo, pode-se dizer que o individualismo no processo deliberativo do Supremo Tribunal Federal deriva, principalmente, desse modelo de deliberação que obstaculiza a Corte a proferir uma decisão colegiada por natureza.

No Supremo Tribunal Federal a única sessão deliberativa real é a sessão de votação. Durante a votação, de acordo com o regimento interno da Corte, os votos são tomados por cada um dos Ministros na ordem inversa de antiguidade.²³ De fato, como argumenta da Silva, quando um caso é decidido matematicamente, o Ministro que ainda não votou tem pouco espaço para influenciar o resultado da decisão. Restará a ele poucas opções: a) ler sua opinião como foi originalmente concebida; b) reconsiderar sua própria opinião; c) juntar-se à maioria (e, se for o caso, oferecer algum argumento em apoio). No entanto, como bem aponta seu estudo, raramente os Ministros mudam de opinião e reconsideram o que já escreveram, especialmente no caso mais complexo e importante,²⁴ especialmente pela extrema publicidade do processo deliberativo, que será discutido mais adiante.²⁵

22. A. Rufino do Vale, *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

23. RISTF, Art. 135.

24. V.A. da Silva, *Do we Deliberate? If so, how?*, *cit.*, p. 226 *et seq.*

25. Veja a seção 3 deste artigo.

Intrinsecamente relacionado às questões atinentes ao modelo *seriatim* de deliberação está o papel do chamado Ministro Relator. No Brasil, como na maioria das cortes constitucionais e supremas ao redor do mundo, a fase decisória começa com a escolha de um “*Justice Rapporteur*” que é sorteado aleatoriamente. Em geral, nos termos do artigo 21º do RISTF, compete ao Relator coordenar e conduzir a fase decisória. Particularmente, cabe ao Relator: 1) redigir o relatório, uma breve descrição e um resumo do caso e 2) redigir sua própria opinião, ou seja, a proposta de solução do caso.²⁶ De acordo com a doutrina majoritária brasileira, há duas questões principais inerentes ao papel do Ministro Relator na fase decisória do Supremo Tribunal Federal. De saída, ao contrário do que ocorre em outras experiências constitucionais,²⁷ o voto do Relator é divulgado apenas no Plenário. Com efeito, antes dessa fase, os demais Ministros recebem apenas o relatório, ou seja, um mero resumo do caso, escrito pelo Ministro Relator. Em seguida, especialmente em casos de interesse público, os outros dez Ministros participam da

26. Para mais referências, ver Capítulo V, Seção II, artigos 21 e 22 do *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*.

27. Veja-se, por exemplo, na Suprema Corte dos Estados Unidos, uma vez atribuído o caso ao parecerista, o primeiro rascunho do parecer da maioria é distribuído entre os demais Ministros bem antes da sessão de votação. Então, na sessão de votação, os Ministros têm diferentes opções: 1) juntar o parecer da maioria; 2) redigir ou juntar parecer consensual, se o Ministro concordar com o teor da decisão, mas expor ou acrescentar razões diferentes em que, em sua opinião, a decisão é fundamentada; 3) redigir ou juntar um parecer de concordância regular no qual seja reafirmada a opinião da maioria; 4) escrever ou juntar uma opinião discordante, que discorde completamente da opinião da maioria; 5) Peça ao Formador de Opinião que reveja o parecer, a fim de chegar a um compromisso. Nesse respeito, ver Corley, *Opinion Writing, in The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior*, edited by Lee Epstein and Stefanie A. Lindquist, 2017.

sessão de votação apenas lendo seus votos.²⁸ Como consequência, visto que nesses casos, normalmente não há o debate oral antes da reunião no Plenário, a falta de diálogo entre os Ministros é intensificada de sobremaneira. Na prática, os demais Ministros votam (*rectius* leem seus votos já escritos com antecedência) sem sequer conhecer o entendimento do Relator e dos demais pares. Desse modo, como também admitiram alguns dos Ministros entrevistados por Virgílio Afonso da Silva, há menos espaço para mudar de opinião e juntar a opinião dos demais. A ausência de um verdadeiro diálogo entre os Ministros, especialmente em razão da elaboração prévia dos votos, tem contribuído para o aumento do número de opiniões divergentes, tanto concorrentes quanto divergentes. Embora opiniões divergentes sejam uma prática comum entre muitas cortes constitucionais nacionais e internacionais,²⁹ a experiência brasileira é absolutamente peculiar. De fato, como já mencionado, como todos os votos são elaborados antes da sessão de deliberação, opiniões divergentes e concordantes não cumprem seu papel próprio, qual seja, impugnar ou aprimorar a decisão da maioria.³⁰

Tomados todos os votos e lidas as opiniões de todos os Ministros, a decisão final é proferida com maioria de 50% + 1 dos votos. O "acórdão" é composto por: 1) um resumo que delinea a parte

28. Sobre o assunto, Lula argumentou que, mais do que uma sessão de deliberação, trata-se de uma sessão de leitura de opinião. Ver, V.A. da Silva, *Deciding without deliberating*, cit., p. 570.

29. Ver, por exemplo, Corte Europeia de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Court Internacional de Justiça, Suprema Corte dos Estados Unidos, *Tribunal Constitucional*, *Bunderverfassungsgericht*.

30. Nesse respeito, ver, *ex multis*, J.W. Brennan, In Defense of Dissents, in *Hastings Law Journal*, Vol. 37, 1986.

dispositiva do acórdão, juntamente com a descrição da decisão e o resultado da votação final; 2) o texto integral de todos os votos proferidos por cada Ministro; 3) as transcrições em áudio da sessão de deliberação pública. O *acórdão*, em vez de apresentar as razões da decisão da Corte de forma “inequívoca”, como aconteceria em uma corte suprema ou constitucional Europeia ou Americana, limita-se a reunir todos os votos emitidos por todos os Ministros.³¹ De fato, os votos expressos são contados independentemente de sua fundamentação e compilados em um único documento. Assim, não há consenso sobre a *ratio decidendi*. Como era de se esperar, isso causa problemas consideráveis no processo de deliberação. Para ilustrar esse ponto, considere o exemplo a seguir. O STF analisa uma lei do Estado de Santa Catarina. Aqui: 1) cinco Ministros declaram a lei inconstitucional por competência, pois em sua opinião a lei deveria ser de competência da União e não do Estado; 2) outros cinco Ministros dizem que a lei é inconstitucional, pois a iniciativa deveria ter sido da Assembleia Legislativa e não do governador do Estado; 3) um único Ministro julga a lei constitucional. Com efeito, nessa hipótese, embora não se alcançasse maioria entre os Ministros, a lei teria sido declarada inconstitucional, independentemente da *ratio decidendi* global.

Como lembra Estefânia Maria de Queiroz Barboza, tal sistema é prejudicial ao processo deliberativo como um todo, pois fomenta o personalismo dos Ministros nos julgamentos e enfatiza a linha

31. Nesse sentido, Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Kamila Maria Strapasson, *O modelo de decisão escrita seriatim adotado pelo Supremo Tribunal Federal: peculiaridades e alternativas*, in *pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Vol. 28, n. 1, 2023, p. 6 et seq.

de argumentação pessoal de cada um.³² De fato, como não raro os Ministros adotam fundamentos diferentes, é desafiador entender a *ratio decidendi* global do julgamento final e distingui-la dos demais entendimentos publicados. Essa questão também é conhecida entre estudiosos e juristas como a “dispersão nos fundamentos”,³³ um dos maiores déficits de deliberação no julgamento constitucional do STF.

Conclusivamente, à luz do que foi ilustrado até aqui, fica evidente a prática antideliberativa³⁴ e o caráter “descolegiado”³⁵ no julgamento constitucional do Supremo. No entanto, tal individualismo no processo de deliberação do STF é potencializado também por outro aspecto, qual seja, o poder decisório individual dos Ministros, que será analisado na próxima seção.

2. AS DECISÕES MONOCRÁTICAS: UMA FORMA PECULIAR DE *INDIVIDUAL JUDICIAL REVIEW*?

O caráter individualista do Supremo Tribunal Federal é ressaltado quando se trata dos poderes decisórios, jurisdicional e administrativo dos Ministros, que, como argumentado por estudiosos, podem equivaler, em determinadas circunstâncias, a uma forma peculiar

32. Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Kamila Maria Strapasson, *O modelo de decisão escrita seriatim adotado pelo Supremo Tribunal Federal: peculiaridades e alternativas*, cit. p. 7.

33. F. Leite and M. Brando, *Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal / Scattered Arguments in Federal Supreme Court*, in *Revista Direito Estado e Sociedade*, 2016.

34. V.A. DA SILVA, *Deciding without Deliberating*, cit., p. 575.

35. Nesse sentido, Conrado Hubner Mendes abordou o STF como um “*tribunal descolegiado*”. Ver, também, C.H. Mendes, *Onze ilhas*, Folha de São Paulo, 1º de fevereiro de 2010, disponível em: <https://golemsp.blogspot.com/2018/03/onze-ilhas-conrado-hubner-mendes.html>.

de revisão judicial individual.³⁶ Sem dúvida, o mais polêmico desses poderes que frequentemente gera repercussão no processo de deliberação e pós-deliberação do STF é a tomada de decisão monocrática. Tal poder não só permite a cada Ministro proferir decisões liminares, mas também decisões finais individuais. Em síntese, decisões monocráticas são uma forma peculiar de decisões que podem ser editadas, em casos específicos, individualmente pelo Ministro Relator do caso e podem vir a ser canceladas pelo colegiado do Supremo.³⁷ Em 2023, segundo algumas estatísticas divulgadas pelo presidente do Supremo, Luís Roberto Barroso, das 101.970 decisões proferidas em 2023 pelo Supremo Tribunal Federal, 83% (84.650) delas foram monocráticas.³⁸ Ao contrário do que poderia sugerir a precariedade do caráter colegial dessa modalidade decisória, as matérias passíveis de serem decididas monocraticamente estão longe de ser consideradas de menor importância: normalmente, essas decisões dizem respeito a questões de interesse público e têm efeitos consideráveis.³⁹ Considerando

36. Ver, e.g., D.W. Arguelles, and L.M. Riberiro. *The Court, it is I? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory*, in *Global Constitutionalism* Vol. 7, n. 2, 2018, p. 253.

37. Art. 21 RISTF, "São atribuições do Relator [...] IV – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos de competência respectiva, medidas cautelares de natureza cível ou penal necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa; V – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, submetendo-as imediatamente ao Plenário ou à respectiva Turma para referendo, preferencialmente em ambiente virtual".

38. Agência Brasil, *Decisões monocráticas são "imperativo", diz Barroso em balanço de 2023*, available at <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-12/decisoes-monocraticas-sao-imperativo-diz-barroso-em-balanco-de-2023>.

39. Uma das decisões monocráticas mais importantes dos últimos anos é a proferida pelo Ministro Edson Fachin, que no dia 8 de março de 2021, anulou ao declarar a incompetência do juiz que processou e julgou Inácio Lula da Silva.

a concepção colegiada do Supremo Tribunal Federal,⁴⁰ as decisões monocráticas devem constituir uma rara exceção à regra da colegialidade. No entanto, os dados acima citados evidenciam o contrário.

Há casos marcantes de decisões monocráticas que abalaram a normalidade institucional do país e foram confirmadas posteriormente pelo Plenário, bem como de decisões de singular controversa que foram em seguida retificadas pelo órgão colegiado, a depender das suas particularidades fáticas e políticas.

Em maio de 2016, o Ministro Teori Zavaski atendeu a um pedido formulado pelo Ministério Público Federal para que o então Deputado Federal e Presidente da Câmara dos Deputados fosse cautelarmente afastado de seu mandato, bem como, por consequência, perdesse seu posto de Presidente da Casa, em razão do uso do cargo para "*fins ilícitos e, em especial, para obtenção de vantagens indevidas*"⁴¹. Na decisão, o Ministro se posicionou: "Para se qualificar ao exercício da substituição, porém, parece elementar que deverá o Presidente da Câmara dos Deputados cumprir com

40. Como apontado, o artigo 102 da Constituição Federal concedeu competência jurisdicional apenas ao *Supremo* e não aos Ministros como pessoas físicas: "A opção por decisões monocráticas não foi uma escolha do constituinte. O STF é um tribunal, não um ou outro Ministro. Mesmo que temporariamente. A opção pelas liminares, que às vezes duram anos, era uma questão de necessidade. Quase de sobrevivência. Do Supremo e da sociedade. Mas isso, assim como a prevalência de questões processuais, deturpa o perfil do STF [...] A opção teórica constitucional por um STF colegiado foi uma opção contra o personalismo e a favor da decisão dialogada, monocrática, construída por diversos participantes" (Veja, *O Supremo Tribunal Federal Processual*, in Ives Gandra da Silva Martins; P. Rosset; Antonio Carlos Rodrigues Amaral, *Estudos: Direito Público. Homenagem ao Ministro Carlos Mario da Silva Velloso*. São Paulo: Lex Magister, 2013, p. 299).

41. Supremo Tribunal Federal, *Ação Cautelar 4.070*, Relator: Ministro Teori Zavaski. Brasília, 4 de maio de 2016. p. 2.

requisitos mínimos para o exercício da Presidência da República".⁴² A decisão monocrática que, em razão da sensibilidade do objeto do processo, causou instabilidade na normalidade institucional, foi confirmada por unanimidade pelo Plenário do Supremo na sessão do dia seguinte.

Foi essa a mesma linha argumentativa que adotou o Ministro Marco Aurélio ao decidir sete meses depois, também monocraticamente, pelo afastamento do então Presidente do Senado Federal Renan Calheiros do cargo de Presidente, mas pela manutenção de seu mandato de Senador.⁴³ Diante do impasse, em recurso interposto pelo Senado federal, requereu-se que a liminar fosse levada para julgamento colegiado. Dois dias após a concessão da medida liminar, o STF, por maioria, entendeu que o fato de o senador ser réu em uma ação penal o impediria de permanecer na linha sucessória da Presidência da República, mas não o impossibilitaria de permanecer no cargo de Presidente do Congresso Nacional.

Como se percebe, à parte os órgãos oficiais do Tribunal, os Ministros, por esse caráter independente que assumem, muitas vezes representam por si só "onze Supremos".⁴⁴ No entanto, as decisões monocráticas e o reforço do poder individual de cada ministro em detrimento dos órgãos colegiados causaram desconforto dentro⁴⁵

42. Supremo Tribunal Federal, *Ação Cautelar 4.070*, Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 4 de maio de 2016, p. 67.

43. Supremo Tribunal Federal, *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 402 – DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 7 de dezembro de 2016.

44. J. Falcão, D.W. Arguelhes, F. Recondo, Felipe (Orgs.), *Onze supremos: o Supremo em 2016*, Belo Horizonte, MG: Letramento, 2017.

45. L.R. Barroso, A. Osorio, *O Supremo Tribunal Federal Em 2016: O Ano Que Custou A Acabar*, in *Migalhas*, disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170109-01.pdf> 2016.

e fora⁴⁶ do Tribunal e motivaram ações internas e externas para que houvesse maior comedimento na prática.

Houve resposta interna ao dilema, concretizada na aprovação da Emenda Regimental 58/2022, que, com o objetivo de reforçar a colegialidade, limitou o alcance das monocráticas com a alteração do artigo 21. O texto passou a prescrever que o Relator deve submeter imediatamente a referendo do Plenário ou da Turma, a depender da competência, medidas cautelares necessárias para evitar grave dano ou garantir a eficácia de decisão anterior. Diante dos esforços e pressões para o reforço das posições colegiadas, o Presidente Ministro Barroso, em balancete realizado na sessão de encerramento do último ano judiciário, informou que, em comparação com as 1.993 decisões liminares individuais do ano de 2022, até 19 de dezembro de 2023, esse número diminuiu para 751. Além disso, demonstrou que as liminares submetidas à análise do colegiado do Supremo para referendo aumentaram de 30 no ano anterior para 121 neste ano.⁴⁷

Em conclusão, se os mecanismos de deliberação do STF obscurem o julgamento de decisões colegiadas, as decisões monocráticas dos Ministros potencializam ainda mais o individualismo do processo decisório. Uma possível explicação para o vasto número de decisões monocráticas é a impressionante acervo processu-

46. Senado, Agência, *Esperidião Amin critica decisões do STF sobre Lei das Estatais*, 2023, disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/12/12/esperidiao-amin-critica-decisoes-do-stf-sobre-lei-das-estatais>.

47. Supremo Tribunal Federal, *Em balanço, presidente do STF reforça valorização de decisões colegiadas em 2023*, disponível em [//portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=522869&ori=1](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=522869&ori=1).

al a ser julgado pelo STF.⁴⁸ No entanto, uma alternativa que se mostrou eficaz na suavização desta questão foi o implemento e o aprimoramento do Plenário Virtual (PV), que será analisado na seção seguinte.

3. "O JUIZ ENTROU NA REUNIÃO": O PLENÁRIO VIRTUAL E O FUTURO DAS DELIBERAÇÕES NO STF

O Plenário Virtual (PV), inaugurado pela Ministra Ellen Gracie, ainda em 2007,⁴⁹ foi alternativa que se mostrou eficaz na redução do grande número de decisões monocráticas – causado pela quantidade de processos julgados pelo STF.⁵⁰ Inicialmente, o Julgamento assíncrono se limitaria à avaliação da existência ou não da Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários que eram levados à apreciação da Corte.⁵¹ O escopo originário do PV foi possibilitar a tomada de decisão célere da Corte sobre a existência ou não de Repercussão Geral, instituto criado em 2004, dentro do contexto do sobrecarregamento da pauta do Plenário.⁵² A evolução do mecanismo de julgamento foi gradual, com o incremento da competência do Plenário Virtual à medida em que o Tribunal se adaptou e a necessidade se impôs. Em 2010, houve a primeira mudança no sentido de alargar o campo de possibilidade de uso

48. No ano de 2023, foram tomadas pelo Tribunal 101.970 decisões.

49. Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007.

50. No ano de 2023, foram tomadas pelo Tribunal 101.970 decisões.

51. Consultor Jurídico, *Como funciona e o que esperar do Plenário Virtual do STF*, disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jan-28/observatorio-constitucional-funciona-esperar-plenario-virtual-stf/>.

52. Supremo Tribunal Federal, *O plenário virtual na pandemia da Covid-19*, Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022, p. 22.

do PV, quando se passou a permitir o julgamento do mérito do Recurso Extraordinário nos casos que o Relator entendesse que se deveria aplicar a jurisprudência dominante do Tribunal.⁵³ Seis anos mais tarde, passou-se a permitir o julgamento de agravos internos e embargos de declaração no ambiente virtual, decisão integralmente a cargo do Ministro Relator.⁵⁴ Mas foi no último ano antes da pandemia, por meio da ER n. 52/2019, que acrescentou o artigo 21-B ao Regimento Interno, que foi facultado ao Relator também o uso do mecanismo para o julgamento de agravos regimentais, medidas cautelares em ações de controle concentrado, referendo de medidas cautelares e de tutelas provisórias, além de matérias que tivessem jurisprudência dominante na Corte.

Estavam dados os termos que permitiriam que o STF fosse ágil na adaptação às restrições impostas pela crise sanitária causada pela Covid-19. A partir da ER no 53/2020, qualquer processo de competência do STF estaria sujeito a julgamento em ambiente eletrônico, a critério do Ministro Relator. Apesar da listagem normativa da preferência de certas classes processuais para julgamento em ambiente virtual, houve, na prática, a virtualização de parte significativa da Pauta do STF. Levantamento estatístico realizado pela Secretaria de Autos Estudos do STF indicou que houve aumento na proporção de julgamentos no plenário virtual por processos julgados no Tribunal, de 0,6% em 2008, quando foi criado o PV, para 98,4% nos primeiros meses após a nova emenda regimental. Somente no período que compreende os nove meses anteriores

53. Supremo Tribunal Federal, ER 42/2010. Art. 323-A.

54. Supremo Tribunal Federal, ER no 51/2016. Arts. 317, §5º e 337, §3º.

à Pandemia e os nove meses contados a partir do período pandêmico, houve a redução de 19,4 % para 2,4 % da proporção de processos julgados no Plenário Físico em relação a todo o acervo.⁵⁵

Em discurso durante o lançamento virtual do Anuário da Justiça Brasil 2020, o ministro Dias Toffoli reconheceu os bons resultados: “No Supremo Tribunal Federal, a ampliação dos julgamentos virtuais, que existem desde 2007, permitiu que de 12 de março ao dia 1 de julho, o Supremo julgasse 6.927 processos colegiadamente, 1.801 deles no Plenário maior, 2.834 na 1ª Turma e 2.280 na 2ª Turma. No chamado plenário virtual, os julgamentos ocorrem com a máxima transparência, publicidade e observância das garantias da ampla defesa e do contraditório, como deve ser no Estado Democrático de Direito” O ambiente de julgamento assíncrono, além das alterações evidentes e decorrentes de sua própria natureza, provocou mudanças que afetam o funcionamento tradicional da Corte. Exemplo disso é a redução do protagonismo do Presidente da Corte na função de organizador da pauta de julgamento,⁵⁶ uma vez que é o próprio Relator de cada processo que determina em que sessão virtual desejará apresentar a ação de sua relatoria para julgamento.

Outra consequência decorrente do PV se refletiu na interação entre os Ministros durante a sessão de julgamento. Beatriz Horbach demonstra os ganhos na colegialidade advindos do aprimoramento do PV: “A duração alongada das sessões virtuais acompanhada da

55. Supremo Tribunal Federal, *O plenário virtual na pandemia da Covid-19*, cit., p. 31 e 38.

56. L.F. Gomes Esteves, *Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do Tribunal in Revista Estudos Institucionais*, Vol. 6, n. 1, 2020, p. 129 et seq.

prévia divulgação para os demais ministros do voto relator permite uma análise do colegiado que dificilmente ocorreria no julgamento das tradicionais listas no colegiado físico, que raramente duravam mais do que um ou dois minutos”.⁵⁷

Concomitantemente ao alargamento da possibilidade de uso do PV, o Tribunal aprimorou a transparência e a sujeição à participação dos envolvidos no Processo. A resolução 669/2020 passou a autorizar a apresentação de sustentação oral pelas partes, mediante envio de arquivo eletrônico durante a sessão de julgamento pelo PV, conforme o artigo 5-A do RISTF. É facultado às partes também a apresentação de memoriais, à disposição dos Gabinetes de todos os julgadores. Além disso, qualquer Ministro, de ofício ou mediante provocação, pode pedir destaque do feito, para que ele seja submetido ao ambiente tradicional de votações síncronas, espaço onde operam outros mecanismos de incentivo ao debate, tal qual a oralidade.

Apesar da melhoria com o tempo na transparência e participação, há muitos que ainda resistem ao julgamento em ambiente virtual. Quando o Ministro Alexandre de Moraes anunciou que levaria para o PV os casos relacionados aos fatos ocorridos em 8 de janeiro de 2023, a Ordem dos advogados do Brasil (OAB) se manifestou por meio Ofício n. 815/2023-GPR para que o Tribunal reconsiderasse sua posição, e alegou que a sustentação oral em tempo real “possibilita que os argumentos das partes sejam

57. B.B. Horbach, *Como funciona e o que esperar do Plenário Virtual do STF*, in *Observatório Constitucional, Consultor Jurídico*, 2023, disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jan-28/observatorio-constitucional-funciona-esperar-plenario-virtual-stf/>.

apresentados de forma mais eficaz e clara”. A decisão do Ministro Relator se torna mais compreensível diante do levantamento realizado pelo Jornal especializado Poder 360 em que, a tomar por base os primeiros julgamentos síncronos realizados dos réus do 8 de janeiro, o Tribunal precisaria de um ano, sem interrupções e com sessões extraordinárias para completar a análise de todos os processos.⁵⁸ No entanto, a preocupação com a mudança de Plenário se mostrou fundada diante de alguns casos concretos. Nas ações penais 1.129 e a 1.144, o Ministro André Mendonça se valeu da previsão regimental e pediu destaque para que o julgamento fosse concluído em ambiente virtual, em razão de “peculiaridades fáticas” inerentes a ambos os casos. Ainda que nos julgamentos já houvesse maioria para condenação, houve a paralização do julgamento, que deverá continuar no ambiente físico.⁵⁹

Percebe-se, por fim, que o Plenário Virtual é um instrumento em constante evolução desde que idealizado há mais de quinze anos. O RISTF, à medida que ampliou a competência do ambiente assíncrono, não se descuidou de aprimorar sua transparência e garantir maior efetividade no envolvimento das partes. Inicialmente concebido para o julgamento das questões mais massivas e menos polêmicas, com o intuito de desafogar o Tribunal de volumoso

58. Poder 360, No ritmo atual, no ritmo atual, STF levaria 114 dias para julgar réus do 8 de janeiro, 2023, disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/no-ritmo-atual-stf-levaria-114-dias-para-julgar-reus-do-8-de-janeiro/>.

59. Consultor Jurídico, Redação, *Mendonça retira do Plenário Virtual duas ações penais do oito de janeiro*, 2023, disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-out-02/mendonca-retira-plenario-virtual-duas-aco-es-janeiro/>.

acervo, hoje se presta também como ambiente para julgamento de casos de grande sensibilidade social.⁶⁰

4. TV JUSTIÇA E A PUBLICIDADE EXTREMA DO PROCESSO DECISÓRIO DO SUPREMO

O Supremo Tribunal Federal é uma experiência única no panorama mundial quando a referência é publicidade e transparência no processo decisório. Nesta seção, exploraremos em detalhes uma prática particular que caracteriza o sistema de justiça constitucional brasileiro e analisaremos seu impacto no ordenamento jurídico pátrio. Também discutiremos seus potenciais benefícios e desvantagens e a compararemos com exemplos semelhantes de outros países. Por fim, examinaremos as implicações dessa prática para o futuro do sistema jurídico brasileiro.

De acordo com o artigo 124 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, “[as] sessões serão públicas, salvo quando este Regimento determinar que serão secretas, ou quando o Plenário ou a Turma assim o decidirem”.⁶¹ Públicas são as sessões plenárias e as sessões de ambas as turmas. Nessas sessões, os Ministros leem suas opiniões (previamente escritas) e votam. Essas sessões são públicas não apenas no sentido de que a presença física do público é permitida, mas também no sentido de que são sessões registradas e transmitidas ao vivo pelos meios de comunicação.

60. P. Seifert, *Quando julgar não é mais um espetáculo. O Supremo, a mídia e o Plenário virtual*, in *Comunicação & Política*, vol. 38, n. 1, p. 27.

61. RISTF, Art. 124.

Há no Direito Comparado variações no grau de divulgação do trabalho das cortes constitucionais e supremas, com o ponto comum de que na maioria dos países o trecho do processo conhecido como “*oral arguments*” é público.⁶² A Suprema Corte do Reino Unido desde 2009 permitiu a transmissão das audiências orais por meio da promulgação da Lei de Reforma Constitucional de 2005, Seção 47, que permitiu uma exceção à Lei de Justiça Criminal de 1925, seção 41, que outrora proibia registros de imagem como fotografias, vídeos ou o esboço de processos judiciais na Inglaterra.⁶³ Já a Suprema Corte dos Estados Unidos, além de permitir o comparecimento físico e a gravação de áudio dessas audiências, também disponibiliza o registro em áudio das sustentações orais em seu site, que pode ser acessado em tempo real. O Tribunal Constitucional italiano, por sua vez, permite a participação do público em sustentações orais e gravações de câmeras sob autorização específica. Já em outros países, o acesso aos trabalhos dos tribunais superiores se aproxima mais do modelo brasileiro e são quase inteiramente televisionados ao vivo, como no Canadá, em que as câmeras foram permitidas na Suprema Corte em 2009 pela primeira vez e, desde então, as audiências de apelação na Corte são televisionadas.⁶⁴

A primeira vez que se permitiu o registro da sessão do STF foi em novembro de 1992, quando a Corte decidiu sobre um mandado

62. Para mais referências sobre a questão, ver, em geral, L. Epstein e S. Lindquist, *The Oxford handbook of US judicial behavior*, Oxford University Press, 2017.

63. Texto completo disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>.

64. Para mais referências, ver <https://www.scc-csc.ca/home-accueil/index-eng.aspx>.

de segurança⁶⁵ impetrado pelo então presidente Fernando Collor de Mello, que tentava barrar o processo de *impeachment* que lhe fora aberto pelo Congresso Federal. Na ocasião, o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal Sydney Sanches permitiu que as câmeras entrassem no prédio do STF, visto a intensidade da curiosidade pública, que provocou o temor de que a Corte pudesse até vir a ser invadida pelos interessados.⁶⁶ No entanto, somente em 2002 o televisionamento foi oficialmente admitido no Tribunal, após a promulgação da Lei 10.461/2002,⁶⁷ que permitiu a transmissão ao vivo das sessões plenárias por meio de um canal público de televisão chamado TV Justiça, posteriormente, em adaptação ao desenvolvimento tecnológico, disponível também em plataformas digitais. Contudo, como apontaram alguns estudiosos, o legislador não previu expressamente a transmissão ao vivo daquelas sessões: a Lei apenas estabeleceu a criação de um canal dedicado ao Supremo Tribunal Federal voltado à divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais da Justiça⁶⁸ (“um canal

65. Mandado de segurança N.21.689-DF, texto completo disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/st/stf-collor.pdf>.

66. F. de Castro Fontainha, M.A. Vannucci Leme de Mattos, L.S. Sasada Sato, *História Oral do Supremo [1988-2013]*, v.5: *Sydney Sanches*. FGV Law Rio, 2015, p. 132-135: “Então eu autorizei, pela primeira vez, ser transmitida uma sessão inteira pela TV, a sessão inteira do julgamento do mandado de segurança, o primeiro. E falei com os meus colegas, [...]: “Olha, eu estou sabendo que vem uma multidão aqui, que vai pressionar, vai tentar entrar aqui e vai conseguir entrar”, [...] Eu não sei o que pode acontecer, mas, se eles tentarem entrar aqui e quiserem pressionar os Ministros, eu vou suspender a sessão. Eu não vou fazer a sessão com vocês sob pressão. [...] Agora, o povo, sabendo que vai ser transmitido pela TV, a maioria não vem, vai assistir pela TV.”

67. Texto completo disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS//2002/L10461.htm.

68. F. De Mendonça Lopes, *Television and Judicial Behavior: Lessons from the Brazilian Supreme Court*, in *Economic Analysis of Law Review*, vol. 9, n. 1, 2018, p. 52.

reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça”).⁶⁹ Além disso, como lembrou o ex-Ministro Moreira Alves durante uma entrevista a Fernando de Castro Fontainha, em verdade, na época, não houve qualquer discussão entre os Ministros a esse respeito.⁷⁰ De fato, o Brasil foi o primeiro país do mundo a permitir tal prática e, atualmente, é acompanhado pelo México,⁷¹ sem que haja outras experiências constitucionais semelhantes.

Para uma parte relevante da opinião pública, a significativa transparência proporcionada pela TV Justiça é percebida como altamente positiva.⁷² No entanto, não faltam críticas entre Ministros e acadêmicos, inquietos com as possíveis desvantagens e riscos da aguda transparência e publicidade no processo deliberativo. Uma das repercussões negativas mais visíveis foi o aumento em 58,7% da extensão das decisões proferidas, entre 2003 e 2011, no âmbito de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, de 18,16 para

69. Lei 10.461/2002, de 17 de maio de 2002.

70. É interessante notar que, na época, o ex-Ministro Marco Aurélio chegou a admitir que não levou o tema à sessão de votação por ter certeza de que teria perdido, já que todos eram contrários à matéria. A este respeito, ver F. de Castro Fontainha, C. Jalles de Paula, F. Ferraz de Almeida, *História Oral do Supremo [1988-2013]*, v.13: *Moreira Alves*. FGV Law Rio, 2015, p. 82: “Mas, realmente, eu acho, sempre achei. Marco Aurélio, inclusive, brincou uma vez comigo, quando eu disse: “Mas Marco Aurélio, você não levou isso para os colegas no plenário?” Ele disse: “Não levei, por uma razão muito simples: sabia que todo mundo era contra”.

71. No México, a transmissão ao vivo dos processos da Suprema Corte começou em junho de 2005 com o estabelecimento de um canal público de TV a cabo chamado *Aprende TV*. Hoje, as transmissões ao vivo dos processos da Corte estão disponíveis também no site oficial da Corte em <https://www.sc-jn.gob.mx/transmission-en-vivo>. Para uma análise crítica sobre o assunto ver, por exemplo, F.P. Giménez, *Changing the Channel: Broadcasting Deliberations in the Mexican Supreme Court*, in Richard Davis, David Taras, *Justices and Journalists*, Cambridge 2017.

72. V.A. Da Silva. *Deciding without deliberating*, cit. p. 578.

28,82 páginas.⁷³ Outra questão grave possivelmente decorrente da publicidade é o reforçamento do individualismo dos Ministros na deliberação, como apontado: "*the Justices media-oriented performance, [...] lengthy decisions, failure to listen to other opinions with an open mind and to change one's mind if needed [...]*".⁷⁴ Por essas razões, como argumentaram Arguelhes e Hartmann, o Brasil deveria esperar um número cada vez maior não apenas de decisões não unânimes, mas também de opiniões divergentes.⁷⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo dar ao leitor uma compreensão abrangente do funcionamento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao seu processo de deliberação, identificando as questões relevantes sobre a matéria com um ponto de vista crítico.

Em um primeiro momento, um breve panorama do STF foi dado ilustrando o funcionamento geral da Corte e apontando os poderes relevantes do Supremo no julgamento constitucional. Em seguida, as atenções se voltaram para as consequências negativas que o atual modelo *seriatim* de deliberação, bem como para as desvantagens do caráter externo e público de tal deliberação.

73. Fonte Felipe de Melo, *Jurisdição constitucional e participação popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

74. V.A. Da Silva, *Big Brother is Watching the Court: Effects of TV Broadcasting on Judicial Deliberation*, in *Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, vol. 51, n. 4, 2018, p. 455.

75. D.W. Arguelhes; I.A. Hartmann, & E. Rosevear, *Disagreement on the Brazilian Supreme Court: An Exploratory Analysis*. 10th Annual Conference on Empirical Legal Studies.

Concluimos que mais que um Tribunal colegiado, hoje o Supremo deve ser compreendido como mais de um único Tribunal, uma espécie de teatro, aonde cada Ministro cumpre um papel, cada Ministro profere seu entendimento como se pronunciasse seu texto previsto no *script*, sem necessariamente se correlacionar com a fala dos demais.

Além disso, com relação à publicidade da sessão de votação, argumentamos que a extrema transparência na sessão de votação é mais um fator que potencializa o individualismo dos integrantes da Corte, o que torna ainda mais complexo o processo de deliberação.

Por fim, foi analisado o Plenário Virtual, compreendido como uma verdadeira revolução na prática do processo decisório do STF. Nesse sentido, concluimos que embora esse instrumento possa ser entendido por alguns como uma agressão a princípios constitucionais consagrados e à estabilidade do mesmo processo decisório, o Plenário Virtual, ao contrário, é a materialização da adaptação da Corte à tecnologia contemporânea como solução de um problema que parecia sem fim, o volume incomparável de processos que é julgado pelo Tribunal.

À luz do que foi dito até aqui, concluimos pela necessidade de uma reforma urgente do processo decisório do Supremo Tribunal Federal para: 1) reduzir o individualismo que até agora conotou negativamente tal processo; 2) colocar um freio na grande transparência e publicidade. Pode-se pensar que a solução mais simples para essas enormes questões seria introduzir um modelo *seriatim* de deliberação, juntamente com uma sessão de deliberação secreta. Na realidade, bastaria limitar a transparência do

processo de deliberação, introduzindo uma verdadeira sessão de discussão pública seguida de uma sessão secreta de votação. Dessa maneira, os Ministros estariam em condições de conversar, discutir, trocar genuinamente seus pontos de vista, reconsiderar suas próprias opiniões, sem agir como se estivessem em um teatro, aonde cada um pensa apenas em desempenhar seu papel.

REFERÊNCIAS

A. de Moraes Vojvodic, A. Maria França Machado, E. Lusci Costa, *Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*, in *Revista Direito GV*, São Paulo, 2009.

A. Rufino do Vale, *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

Agência Brasil, Decisões monocráticas são "imperativo", diz Barroso em balanço de 2023, disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-12/deciso-es-monocraticas-sao-imperativo-diz-barroso-em-balanco-de-2023>.

B.B. Horbach, *Como funciona e o que esperar do Plenário Virtual do STF*, in *Observatório Constitucional*, Consultor Jurídico, 2023, disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jan-28/observatorio-constitucional-funciona-esperar-plenario-virtual-stf/>.

C. Velloso, *O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional*, in *Revista De Direito Administrativo*, 1993.

C.H. Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, cidade: Oxford University Press, 2013.

C.H. Mendes, *Onze ilhas*, *Folha de São Paulo*, 1º de fevereiro de 2010, disponível em: <https://golemsp.blogspot.com/2018/03/once-ilhas-conrado-hubner-mendes.html>

C.M. da Silva Velloso, *Do Poder Judiciário: organização e competência*, in *Revista De Direito Administrativo*, 1995.

Consultor Jurídico, *Como funciona e o que esperar do Plenário Virtual do STF*, disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jan-28/observatorio-constitucional-funciona-esperar-plenario-virtual-stf/>.

Consultor Jurídico, Redação, Mendonça retira do Plenário Virtual duas ações penais do oito de janeiro, 2023, disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-out-02/mendonca-retira-plenario-virtual-duas-acoes-janeiro/>.

- D.W. Arguelhes, and L.M. Riberiro. 'The Court, it is I'? *Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory*, in *Global Constitutionalism*, Vol. 7, n. 2, 2018.
- D.W. Arguelhes; I.A. Hartmann, & E. Rosevear, *Disagreement on the Brazilian Supreme Court: An Exploratory Analysis*. 10th Annual Conference on Empirical Legal Studies.
- Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Kamila Maria Strapasson, *O modelo de decisão escrita seriatim adotado pelo Supremo Tribunal Federal: peculiaridades e alternativas*, in *pensar Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 28, n.1, 2023.
- F. de Castro Fontainha, M.A. Vannucci Leme de Mattos, L.S. Sasada Sato, *História Oral do Supremo [1988-2013]*, v.5: Sydney Sanches. FGV Law Rio, 2015.
- F. de Castro Fontainha, C. Jalles de Paula, F. Ferraz de Almeida, *História Oral do Supremo [1988-2013]*, v.13: Moreira Alves. FGV Law Rio, 2015.
- F. De Mendoça Lopes, *Television and Judicial Behavior: Lessons from the Brazilian Supreme Court*, in *Economic Analysis of Law Review*, vol. 9, n. 1, 2018.
- F. Leite and M. Brando, *Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal / Scattered Arguments in Federal Supreme Court*, in *Revista Direito Estado e Sociedade*, 2016.
- F.P. Giménez, *Changing the Channel: Broadcasting Deliberations in the Mexican Supreme Court*, in Richard Davis, David Taras, *Justices and Journalists*, Cambridge, 2017.
- Fonte Felipe de Melo, *Jurisdição constitucional e participação popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.
- G. Abboud, *Processo Constitucional Brasileiro*, 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- G.F. Mendes, P.G. Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 18ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2023.
- H. Kelsen, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Martins Afonso, 2003.
- Ives Gandra da Silva Martins; P. Rosset; Antonio Carlos Rodrigues Amaral, *Estudos: Direito Público. Homenagem ao Ministro Carlos Mario da Silva Velloso*. São Paulo: Lex Magister, 2013.
- J. de Miguel Bárcena, J.T. Tedaja, *Kelsen versus schmitt política e direito na crise do constitucionalismo*. Lisboa: AADFL Editora, 2022.
- J. Falcão, D.W. Arguelhes, F. Recondo, Felipe (Orgs.), *Onze supremos: o Supremo em 2016*, Belo Horizonte, MG: Letramento, 2017.
- J.J. Gomes Canotilho, G.F. Mendes, I.W. Sarlet, L.L. Streck, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º ed. São Paulo, Saraiva, 2023.
- J.W. Brennan, *In Defense of Dissents*, in *Hastings Law Journal*, Vol.37, 1986.

- José Levi Mello do Amaral Júnior, *O Supremo Tribunal Federal: composição, organização e competências*, in *Revista Jurídica da Presidência*, Vol. 21, n. 104, 2019.
- L. Epstein e S. Lindquist, *The Oxford handbook of US judicial behavior*, Oxford University Press, 2017.
- L.F. Gomes Esteves, *Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do Tribunal* in *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 6, n. 1, 2020.
- L.R. Barroso, A. Osorio, *O Supremo Tribunal Federal Em 2016: O Ano Que Custou A Acabar*, in *Migalhas*, disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170109-01.pdf>.
- M.G. Ferreira Filho, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- M.K. Zobel, *Division of Opinion in the Supreme Court: a history of judicial disintegration*, in *Cornell Law Quarterly Review*, vol. 44, 1958-1959.
- P. Seifert, *Quando julgar não é mais um espetáculo. O Supremo, a mídia e o Plenário virtual*, in *Comunicação & Política*, vol. 38, n. 1.
- R. Xavier, *PEC que limita decisões monocráticas no Supremo avança no Senado*, in *Observatório Constitucional - Consultório Jurídico*, 2023 available at <https://www.conjur.com.br/2023-out-04/limite-decisoes-monocraticas-supremo-avanca-senado/>.
- R.B. Ginsburg, *My Own Words*. Simon and Schuster. United States, 2016.
- Senado, Agência, Esperidião Amin critica decisões do STF sobre Lei das Estatais, 2023, disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/12/12/esperidiao-amin-critica-decisoes-do-stf-sobre-lei-das-estatais>.
- Supremo Tribunal Federal, *Em balanço, presidente do STF reforça valorização de decisões colegiadas em 2023*, disponível em www.portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=522869&ori=1.
- Supremo Tribunal Federal, *O plenário virtual na pandemia da Covid-19*, Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022.
- Supremo Tribunal Federal, *Reclamação 473 – Estado da Guanabara*. Relator: Ministro Victor Nunes, Brasília, 6 de junho de 1962.
- V.A. da Silva, *Do we Deliberate? If so, how?*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, n. 2, 2017.
- V.A. da Silva, *"Um voto qualquer"? O papel do Ministro Relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal*, in *Revista Estudos Institucionais*, vol. 1, 1, 2015.
- V.A. Da Silva, *Big Brother is Watching the Court: Effects of TV Broadcasting on Judicial Deliberation*, in *Verfassung und Recht in Übersee/ Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, vol. 51, n. 4, 2018.
- V.A. Da Silva, *De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal*, in *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 47, 2015.

V.A. da Silva, *Deciding without Deliberating*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013.

Received on 02/03/2024

Approved on 02/05/2024

MORTE SOCIAL:

o impacto da privação do direito
ao voto em populações carcerárias¹

Clara Duarte Fernandes²
Juliana Coelho Lima Gac³

RESUMO: O presente artigo de natureza descritiva possui como objetivo analisar os efeitos da restrição do direito ao voto para as pessoas privadas de liberdade, já excluídas socialmente e estigmatizadas por sua condição, na negação do exercício da cidadania do indivíduo, possuindo como consequência o aumento da criminalidade. No primeiro capítulo, por meio da metodologia hipotética-dedutiva, com base em uma revisão bibliográfica sistemática de fontes primárias e secundária, buscou-se reunir e analisar a literatura e a legislação existente sobre o tema dos direitos políticos dos presos no contexto brasileiro e suas hipóteses de restrição. No tópico seguinte, além da metodologia supracitada, buscou-se apresentar dados versando sobre o cenário do sistema prisional brasileiro, valendo-se de uma pesquisa empírica quantitativa, com fontes secundárias, para elucidar o cenário do encarceramento em massa e traçar hipóteses, bem como afirmações sobre a lógica do sistema punitivo e o crescimento das facções criminosas. Por fim, no último capítulo, por meio da metodologia hipotética-dedutiva de revisão bibliográfica, destacou-se a necessidade da atuação estatal, valendo-se de políticas públicas, para o cumprimento dos ditames constantes na Constituição Federal de 1988, ampliando a cidadania dos presos por meio do voto, promovendo a inclusão social.

PALAVRAS-CHAVE: Encarceramento em massa; Direito ao voto; Direitos políticos.

1. C. D. Fernandes, J. C. L. Gac, *Morte Social: O impacto da privação do direito ao voto em populações carcerárias*, in *Latin American Journal of European Studies*, v. 4, n. 1, 2024, p. 153 et seq.
2. Advogada Criminalista. Mestranda em Direito Político e Econômico (Bolsista CAPES - PROEX II), especialista em Processo Penal (2023), graduada em Direito (2022), todas pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Integrante do grupo de pesquisa "Mulher, Sociedade e Direitos Humanos" e "Estado e Economia no Brasil".
3. Pesquisadora. Doutoranda em Direito Político e Econômico (Bolsista CAPES), mestre em Direito Político e Econômico (Bolsista CAPES/PROSUC - 2021) e graduada em Direito (2018), todas pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Integrante do grupo de pesquisa "Estado e Economia no Brasil".

SOCIAL DEATH: THE IMPACT OF THE DEPRIVATION OF VOTING RIGHTS ON INCARCERATED POPULATIONS

ABSTRACT: This descriptive article aims to analyze the effects of restricting the right to vote for people deprived of their liberty, already socially excluded and stigmatized due to their condition, in denying the individual's exercise of citizenship, resulting in an increase in crime. In the first chapter, through the hypothetical-deductive methodology, based on a systematic bibliographical review of primary and secondary sources, the paper gathers and analyzes the literature and existing legislation about political rights of prisoners in the Brazilian context and their restriction hypotheses. In the following topic, in addition to the aforementioned methodology, data were presented on the scenario of the Brazilian prison system, using quantitative empirical research, with secondary sources, to elucidate the scenario of mass incarceration and outline hypotheses, as well as statements about the logic of the punitive system and the growth of criminal factions. Finally, in the last chapter, through the hypothetical-deductive methodology of bibliographic review, the need for state action was highlighted, using public policies, to comply with the dictates contained in the 1988 Federal Constitution, expanding the citizenship of prisoners through voting, promoting social inclusion.

KEYWORDS: Incarcerated people; Right to vote; Political rights.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Direitos políticos como expressão e cidadania; 1.1 Direitos políticos como a base do estado democrático de direito; 1.2 Hipóteses de restrições aos direitos políticos; 2. O encarceramento em massa; 2.1 Direito penal do inimigo: o encarceramento como forma de segregação; 2.2 PCC: um retrato das consequências do encarceramento em massa; 3. A problemática do acesso às políticas públicas; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Os direitos políticos são pilares fundamentais de qualquer sociedade democrática, permitindo a participação dos cidadãos no processo político e na tomada de decisões. No entanto, no Brasil, uma parcela significativa da população enfrenta a privação desse direito devido a sua condição de encarcerado. Esta pesquisa se

propõe a investigar como a restrição do direito ao voto dos presos afeta o seu acesso à cidadania e aos direitos humanos no país.

A história do Brasil é marcada por períodos de autoritarismo e repressão, em que os direitos políticos foram sistematicamente negados aos cidadãos. O regime de ditadura militar, que vigorou de 1964 a 1985, é um exemplo emblemático desse contexto, durante o qual houve supressão de direitos civis e políticos, censura à imprensa e perseguição política. A redemocratização do país, culminando na promulgação da Constituição Federal de 1988, foi um marco na garantia desses direitos, consagrando princípios como a soberania popular e a participação política como fundamentais para a democracia.⁴

No entanto, mesmo após o fim do regime militar, a questão dos direitos políticos dos presos permaneceu controversa. A Constituição de 1988 prevê a suspensão destes em casos específicos, isto é, após a condenação criminal transitada em julgado, mas a aplicação desse dispositivo tem sido objeto de debate no sistema jurídico brasileiro.

Ademais, a questão da superlotação carcerária e das condições precárias nos presídios se torna um contexto essencial para compreendermos os desafios enfrentados pelos presos no exercício de seus direitos políticos. O sistema prisional brasileiro enfrenta problemas crônicos, como a falta de infraestrutura adequada, violência, corrupção e ausência de programas eficazes de ressocialização, fomentando, ainda que de forma indireta, o crescimento de organizações criminosas.

4. J.M. de Carvalho, *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

Portanto, o problema de pesquisa do presente artigo consiste em responder a seguinte pergunta: há uma correlação entre a restrição do direito ao voto com o aumento das facções criminosas, abalando a segurança pública do país? Levantando as seguintes hipóteses: (i) não, uma vez que as facções podem surgir nos presídios independentemente do voto dos presos para os cargos eletivos. Além disso, por estar segregado da sociedade, o detento, de fato, não poderá exercer sua cidadania por completo; (ii) sim, considerando que a cidadania pressupõe o exercício dos direitos políticos, devendo prezar pela inclusão e que, o fato do indivíduo cometer um crime, não deve implicar em seu rebaixamento a uma categoria sub-humana. Considerando ainda que, ao passo que os presos deixam de votar, não é do interesse dos detentores de cargos eletivos visar políticas públicas para uma melhora no sistema prisional, objetivando a ressocialização e manutenção da dignidade destes, marginalizando-os ainda mais e favorecendo a criação de um estado paralelo, como o criado pelas facções criminosas operantes nos presídios.

Para responder à pergunta formulada acima, a pesquisa se dividirá em três tópicos. Sendo o primeiro voltado a uma análise feita com a metodologia hipotética-dedutiva, por meio de uma revisão bibliográfica sistemática, reunindo e analisando a literatura existente sobre o tema dos direitos políticos dos presos no contexto brasileiro, sua imprescindibilidade para a efetivação da cidadania, além de uma pesquisa utilizando-se dos direitos previstos na Constituição Federal, acerca das hipóteses de restrição.

No segundo tópico, além da metodologia supramencionada, utilizou-se uma pesquisa empírica quantitativa de fontes secundárias para estabelecer um perfil de quem é inserido no sistema prisional brasileiro. As razões e consequências para esse cenário foram estabelecidas, a partir de uma análise explicativa baseada na bibliografia levantada. Sendo este procedimento conduzido em bases de dados acadêmicas, como *Google Acadêmico*, e em bibliotecas digitais de universidades e instituições especializadas.

Utilizando-se de palavras-chave relacionadas ao tema, como "direitos políticos", "voto dos presos", "democracia", "direitos humanos", entre outras, para identificar estudos relevantes. Ademais, a seleção dos artigos foi baseada em critérios de inclusão e exclusão, considerando a relevância do conteúdo, o rigor metodológico e a atualidade das publicações.

Por fim, no terceiro tópico, com a mesma metodologia utilizada nos tópicos anteriores, estudou-se a necessidade de políticas públicas no sistema prisional para reverter esse cenário, a começar pela exclusão da possibilidade de restrição dos direitos políticos aos condenados criminalmente.

Sendo assim, com a seleção dos estudos, realizou-se uma análise crítica do conteúdo, identificando tendências, lacunas de pesquisa e pontos de convergência e divergência entre os autores. A partir dessa análise, foram elaboradas as considerações finais do trabalho, visando contribuir para o debate acadêmico e para o desenvolvimento de políticas públicas mais inclusivas e democráticas para os presos.

1. DIREITOS POLÍTICOS COMO EXPRESSÃO DE CIDADANIA

A concepção acerca do significado jurídico de cidadania aborda os direitos políticos, civis e sociais havendo, inclusive, uma crítica à forma que esta se estruturou no Brasil ao favorecer o populismo, tendo em vista que os primeiros direitos concretizados foram os sociais, durante a Era Vargas, ao invés do caminho adotado pelos países europeus, como a França, que, inicialmente, fortaleceram os direitos cívicos e políticos dos cidadãos, demonstrando a importância destes.⁵

Além do mais, a cidadania, conforme aponta Smanio, deve ser inclusiva, razão pela qual abandonou-se a premissa de que a cidadania estaria atrelada ao conceito de nacionalidade. Portanto, a restrição desta pela situação temporária do cárcere, conforme será visto, representa um retrocesso a um dos Fundamentos da República Federativa do Brasil.⁶

1.1. Direitos políticos como a base do estado democrático de direito

Em 31 de março de 1964, iniciava-se o período de ditadura militar no Brasil com a deposição do presidente João Goulart, em virtude de uma suposta ameaça de um golpe comunista em solo brasileiro. Destaca-se que esse cenário estava se repetindo em diversos países da América Latina, incentivados pelo contexto mundial da Guerra Fria.

5. T.H. Marshall, *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

6. G.P. Smanio, *As dimensões da cidadania in Revista da Escola Superior do Ministério Público*, 2009, p. 13 et seq.

As restrições aos direitos dos cidadãos foram impostas de forma gradativa, possuindo seu ápice com o decreto, em 1968, do Ato Institucional nº 5.⁷ Este instrumento institucionalizou a prática da tortura com os órgãos militares, Destacamento de Operações e Informações (DOI) e o Centro de Operações de Defesa Interna (CODI), bem como concentrou o poder no executivo e admitiu que a censura fosse utilizada para perseguir os opositores ao regime.⁸

Anos depois, houve intensa pressão popular exercida contra o regime, sendo o principal movimento conhecido como "Diretas Já", motivado principalmente pela grande recessão econômica, o estrangulamento externo e a ausência de capacidade estatal para gerenciar as crises que ocorriam. A ditadura militar foi sendo enfraquecida e, durante o governo do General João Batista Figueiredo, os crimes políticos foram anistiados e o pluripartidarismo foi restabelecido.⁹

Considerada como um marco da redemocratização, a atual Constituição Federal foi promulgada em 1988, possuindo como fundamentos da República: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político.¹⁰

7. Brasil, Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

8. D. Richter, T.S. Farias, *Ditadura Militar no Brasil: dos instrumentos jurídicos ditatoriais para a democracia outorgada in Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, v. 11, n. 3, 2019, p. 381 et seq.

9. M. Ridenti, *As oposições à ditadura: resistência e integração. in R.P.S. Motta, D.A. Reis, M. Ridenti, (org.), A ditadura que mudou o Brasil: 50 anos do golpe de 1964*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014.

10. Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988.

Levando-se em consideração que o período anterior havia sido marcado pela supressão dos direitos políticos, a nova Lei Maior dedicou pontos importantes para assegurar a participação popular na democracia brasileira, especialmente ao positivar que a soberania popular seria exercida por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto.¹¹

Sendo assim, de acordo com Fialho, os direitos políticos são caracterizados como a “personificação dos ideais de cidadania e de soberania popular, fundamentos sobre os quais se suplantam e alicerçam o Estado democrático de direito”.¹²

Estar em gozo dos direitos políticos, previstos constitucionalmente, significa exercer a cidadania, podendo participar da vida social e da tomada de decisões, seja por meio do voto, mas também por meio dos plebiscitos e referendos e da propositura de projetos de lei por iniciativa popular.¹³

Para que um indivíduo possa obter capacidade eleitoral ativa, isto é, o direito de votar, foco do presente artigo, é necessário que este possua mais de dezesseis anos e, na hipótese de ser homem, tenha se alistado no exército. Destaca-se que entre os dezoito e os setenta anos, o voto é considerado obrigatório e, desde 1932, o sufrágio universal foi conquistado.

11. L.P.O. de Oliveira, C.I.A. Vaz, L.G.N. Costa, A. da S. BOEIRA, *Etiologia da consolidação dos direitos fundamentais, na redemocratização política brasileira, de 1974 à constituição federal de 1988*, *Thêma Et Scientia*, v. 6, n. 2, 2016, p. 80 et seq.

12. C. dos S. Fialho, *A Sentença Penal Condenatória como fator determinante para a suspensão dos direitos políticos in RT 912*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 375.

13. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A capacidade eleitoral ativa e passiva dos cidadãos são expressões de demasiada importância na democracia brasileira, especialmente a do Brasil que opera de forma representativa. Sendo assim, a população votará, em regra, nos candidatos que a representa para reivindicar eventuais melhorias nos setores que milita.¹⁴

1.2. Hipóteses de restrições aos direitos políticos

Em virtude do contexto de redemocratização que o Brasil enfrentava à época da promulgação do texto constitucional, este impossibilitou a hipótese de um indivíduo ter seus direitos políticos cassados, haja vista às perseguições políticas que ocorreram nos anos anteriores, conforme já esmiuçado.

Porém, foram previstas hipóteses de perda ou suspensão de tais direitos, sendo pelo cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, a incapacidade civil absoluta, a prática de improbidade administrativa, a recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa e, por fim, o objeto de análise da presente pesquisa, a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.¹⁵

Frisa-se que o Supremo Tribunal Federal, no RE 179.502/SP, decidiu que o efeito supracitado seria automático da condenação criminal. Assim sendo, a suspensão dos direitos políticos inde-

14. I.J.B. Neto, *A incapacidade eleitoral ativa nas hipóteses de suspensão dos direitos políticos previstos na constituição de 1988 e sua compatibilidade com o estado de direito democrático*, 2022, 122 f. Tese (Doutorado), Curso de Direito, O Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (Idp), Brasília, 2022.

15. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

pende de fundamentação expressa, eventual ratificação ou de disposição legislativa específica.¹⁶

Ocorre que o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica e este possui uma previsão expressa, em seu artigo 23, na seção dos direitos políticos, que todos os cidadãos devem gozar do direito ao voto, de modo igualitário.¹⁷

Desta forma, o Estado, ao negar ao preso o direito ao voto, atua de forma autoritária e contrária aos propósitos do texto constitucional. Nesse sentido: “O dever dos Estados, pois, é o da garantia do gozo das prerrogativas políticas, numa maneira tanto positiva, ou seja, gerando os meios para tal, como a criação de leis eleitorais, como (e principalmente), negativa, ao não impedirem o usufruto dos direitos e oportunidades previstas na Convenção, já que a participação do cidadão na vida política e públicas é considerada medida consecutória de um Estado Democrático de Direito”.¹⁸

Cabe destacar que o fato do preso se encontrar no cárcere traz a ele um estigma muito grande perante a sociedade. Este cenário ensejou na formulação da teoria denominada de etiquetamento (*labeling approach*) que se caracteriza como um efeito social, tendo em vista que a imagem do ser criminoso ou do próprio crime cometido é oriunda de uma perspectiva socialmente construída. Logo, entende-se que um indivíduo encarcerado é um ser desviante que

16. J.E.B.A. Duarte, *Os direitos políticos na perspectiva do direito penal: impactos da prisão preventiva no processo eleitoral brasileiro*, 2022, 134 f. Dissertação (Mestrado), Curso de Direito, Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2022.

17. J.E.B.A. Duarte, *Os direitos políticos na perspectiva do direito penal: impactos da prisão preventiva no processo eleitoral brasileiro*, cit.

18. J.E.B.A. Duarte, *Os direitos políticos na perspectiva do direito penal: impactos da prisão preventiva no processo eleitoral brasileiro*, cit., p. 28.

cometerá novamente crimes, deturpando uma das finalidades da pena que é a ressocializadora.¹⁹

Ou seja, indivíduos no cárcere se encontram em posições sensíveis perante o preconceito que a sociedade possui ao interagir com estes quando cumprem a sua pena de prisão e voltam para o universo extramuros. Os egressos se deparam com diversas dificuldades laborais, justamente pela imagem de delinquente enviesada na sociedade, bem como a ausência de capacitação oferecida nos presídios, além de terem ficado afastados por anos do mercado de trabalho.²⁰

Ademais, faz-se imprescindível destacar as condições insalubres dos presídios, já sendo este fato reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Direito Fundamental n° 347,²¹ é um agravante no cenário estudado.

19. Ao contrário da finalidade retributiva, isto é, retornar um mal a alguém que praticou um crime, a finalidade ressocializadora, com caráter humanista, buscou utilizar o tempo do apenado no cárcere de forma produtiva e educativa, oferecendo a este novas opções, para além do mundo do crime, quando este retornar ao convívio social. Destaca-se que para esta afirmação, considerou-se a teoria limitada da prevenção especial positiva, ou seja, a ressocialização é uma das finalidades da pena, mas não a única. F.V. dos Anjos, *Análise Crítica da Finalidade da Pena na Execução Penal: ressocialização e o direito penal brasileiro*, 2009, 185 f, Dissertação (Mestrado), Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

20. L.A. da S. Silva, N.I.S. Cury, *Criminologia crítica*. Biblioteca Digital do Susp: teoria do etiquetamento criminal, São Paulo, p. 1 et. seq., 2021, disponível em <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/4162>.

21. Com o julgamento encerrado em outubro de 2023, o Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, reconheceu que o sistema prisional estaria violando diversos direitos fundamentais dos apenados, haja vista as condições insalubres dos presídios. No mais, estipulou o prazo de 06 meses para que o Governo Federal intervisse para solucionar a questão da superlotação carcerária. ADPF n° 347/DF. Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADPF n° 347 MC/DF. Rel.: Min. Marco Aurélio. DJ. 04/10/2023.

Ao restringir o direito ao voto do preso condenado, viola-se o princípio da igualdade,²² tendo em vista que o indivíduo será impedido de exercer seu direito fundamental, buscando candidatos que os representem e visem a melhora do sistema carcerário. Sendo assim, o próprio Estado, por meio do texto constitucional, coloca-os em uma posição de sub-humanos, violando também o princípio da humanidade.^{23 24}

Além disso, o impedimento do exercício dos direitos fundamentais do indivíduo remonta aos Estados totalitários. Nesse sentido: "Assim, a ruptura totalitária nega o valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Destarte, o direito Maior para qualquer ser humano seria o direito a ter direitos, ou, em outras palavras, o direito a ser sujeito de direitos".²⁵

-
22. O princípio da igualdade está vinculado à ideia de que todos os membros da comunidade política têm direitos universais, o que implica em afirmar que há parâmetros estabelecidos para as interações entre as pessoas. É importante ressaltar que, nos dias de hoje, não se pode abordar a universalidade dos direitos sem considerar as disparidades estruturais na sociedade. Portanto, para garantir que todos possam exercer plenamente seus direitos sociais e políticos, conforme estabelecido pelo Estado Social Democrático, a igualdade deve promover a coexistência dessas diferenças sem permitir que os interesses do grupo dominante prevaleçam sobre os demais. A.J. Moreira, *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. 1ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 115.
23. O princípio da humanidade surgiu no período iluminista, com a defesa de que alguns direitos são inerentes aos seres humanos, sendo este considerado como um dos princípios basilares do sistema punitivo em um Estado Democrático de Direito. Significa dizer que o apenado deve possuir os mesmos direitos que um cidadão em liberdade possui, uma vez que todos são humanos. J.P. Faria, L.C. de Oliveira, *Princípio da humanidade das penas e a inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado no direito penal brasileiro*, in *Revista Justiça do Direito*, v. 21, n. 1, 2012, p. 04.
24. F.R. de Oliveira, *Preso cidadão: os direitos políticos do criminalmente condenado*, 2019, 292 f, Dissertação (Mestrado), Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.
25. J.E.B.A. Duarte, *Os direitos políticos na perspectiva do direito penal: impactos da prisão preventiva no processo eleitoral brasileiro*, cit., p. 25.

Tendo em vista que os membros do Poder Executivo e Legislativo são membros eleitos e elaboram suas promessas de campanha visando angariar eleitores que se identificam com as suas ideias e ideologias, verifica-se uma baixa iniciativa em propostas que melhorem as condições de vida dos presos.

Em primeiro lugar, isso ocorre pela repercussão negativa que tais propostas possuem na sociedade brasileira, ainda muito conservadora e punitivista. Outro ponto é que não possuirá retorno político a implementação de tais propostas de melhoria para o candidato, justamente pelo fato de os presos não votarem, sendo assim, esquecidos e marginalizados pelos próprios governantes e impedidos de buscarem uma representação adequada com seus interesses.

Ressalta-se que, inclusive, o abandono estatal sistêmico dos encarcerados fomenta o surgimento de facções criminosas nos presídios, tendo em vista a ordem paralela que se instala, seja no tocante à proteção para os indivíduos, bem como prestando auxílio financeiro aos familiares e a própria oferta de “emprego” ao sair do sistema penitenciário, agravando a criminalidade e os índices de reincidência.²⁶

2. O ENCARCERAMENTO EM MASSA

Um dos grandes problemas relacionados à segurança pública no Brasil ocorre, em virtude da política de encarceramento em massa que, conforme será esmiuçado ao longo deste tópico, enseja na disseminação das facções criminosas, bem como na deturpação

26. D. Varella, *Estação Carandiru*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

do propósito de ressocialização do preso, uma vez que ocorrem violações sistemáticas aos direitos fundamentais destes, intensificando a desigualdade social e, de forma indireta, incentivando a reincidência.

A partir de um levantamento feito no segundo semestre de 2023, pela Secretaria Nacional de Políticas Penais, constatou-se que havia 644.833 pessoas encarceradas em celas físicas, sendo este número composto por 617.823 homens, com a faixa etária predominante de 35 a 45 anos (25,85%), seguida pela faixa etária de 25 a 29 anos (22,46%).

Outro dado imprescindível de ser mencionado é que 133.843 indivíduos, equivalente a 20,77% do total de custodiados, encontram-se segregados da sociedade de forma provisória.²⁷

Importante pontuar acerca da superlotação dos estabelecimentos prisionais. Atualmente, o Brasil possui 481.835 vagas, incluindo o regime semiaberto, havendo um excedente de 33,71% no número de indivíduos encarcerados. Ressalta-se que o estado com o maior índice é o de São Paulo, totalizando 43.736 presos, além da capacidade de vagas.

Destaca-se que apenas 4.706 presos possuem ensino superior completo, ou seja, 0,73% da população prisional, ao passo que 107.002 não completaram o ensino médio e 288.694 não finalizaram

27. Embora se reconheça a imprescindibilidade de se analisar as altas taxas de presos provisórios, deturpando o princípio da presunção de inocência e operando como forma de antecipação de pena, muitas vezes, em virtude da ausência de amparo técnico ao investigado/réu, este artigo não se debruçará sobre a referida problemática. Sendo assim, reitera-se que o escopo do presente trabalho são os presos cumprindo a pena de forma definitiva.

o ensino fundamental. No tocante à raça dos encarcerados, constata-se que 99.812 se consideram pretos e 297.615 são pardos.²⁸

Ultrapassada a exposição quantitativa acima, salienta-se que a política de encarceramento, ao ser utilizada de forma desproporcional e seletiva, conforme analisaremos a seguir, transforma-se em um mecanismo de aprisionamento de grupos específicos da população, ao invés de focalizar no indivíduo transgressor. Esse cenário, atrelado às altas taxas de aprisionamento, caracteriza o encarceramento em massa.²⁹

Nesse sentido, “a prisão deixa de constituir o destino de uns poucos criminosos para tornar-se a instituição modeladora de vastas parcelas da população”.³⁰

Frisa-se que há uma notável diferença entre as taxas de aprisionamento relativas aos crimes de colarinho branco³¹ e aos

28. Os dados da pesquisa foram extraídos, a partir do 15º ciclo (julho a dezembro de 2023) do relatório de informações penais pelo SISDEPEN. SENAPPEN, *Relatório de informações penais 15º ciclo SISDEPEN 2º semestre de 2023*, disponível em <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2- semestre-de-2023.pdf>.

29. L.D. Minhoto, *Encarceramento em massa, racketeering de estado e racionalidade neoliberal*. in *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 109, 2020, p. 161 et seq.

30. D. Garland, *The meaning of mass imprisonment*. in GARLAND, David (org.). *Mass imprisonment: social causes and consequences*. London: SAGE, 2001, p. 3.

31. O conceito de crimes de colarinho branco foi idealizado, em 1939, pelo sociólogo Edwin Sutherland e remonta à cor branca, em decorrência de serem crimes praticados por altos executivos que, usualmente, utilizam camisas brancas em seu ambiente de trabalho. Estes delitos não são praticados com violência, mas sim por motivos financeiros, valendo-se de alto conhecimento técnico para praticá-los, como ocorre com a corrupção e a lavagem de dinheiro. Já o conceito de crimes de colarinho azul foi conferido aos crimes “de rua”, cometidos sem a necessidade de preparo e, algumas vezes, valendo-se de violência ou grave ameaça, praticados por indivíduos marginalizados na sociedade. Esse nome foi atribuído, em razão dos operários das fábricas americanas, no início do século XX, que utilizavam macacões azuis (Cunha, 2016, p. 175).

delitos comumente praticados por pessoas da periferia, também conhecido como crimes de colarinho azul. Enquanto há 35.872 presos por furto simples, 31.055 por furto qualificado, 58.813 por roubo simples e 100.274 por roubo majorado, além de 158.589 por tráfico de drogas,³² apenas 98 estão presos por corrupção passiva e 761 por corrupção ativa.³³

2.1. Direito Penal do Inimigo: o encarceramento como forma de segregação

O sistema penal, por diversas vezes, opera como um mecanismo de exercício do Direito Penal do Inimigo. Esta teoria prevê que o ser desviante da norma perde seu status de pessoa, tornando-se uma não pessoa, sendo assim, tolhido de seus direitos, tal como o de se viver uma vida digna.³⁴

A teoria do Direito Penal do Inimigo é atrelada à ideia de direito penal do autor, isto é, pune-se quem a pessoa é ou o que/quem ela representa, ao invés do fato cometido. Frisa-se que esta forma de punição é vedada no ordenamento jurídico pátrio, sendo apenas permitido o direito penal do fato, punindo o indivíduo pela conduta desviante praticada.³⁵

32. O debate relativo às taxas de encarceramento por tráfico de drogas ensejaria uma discussão paralela ao escopo do presente artigo, razão pela qual iremos apenas mencionar que a ausência de uma previsão legal do que poderia ser considerado como tráfico e o uso para consumo próprio, além de insegurança jurídica, permite que o Estado seja conivente com a prática do direito penal do inimigo, que será esmiuçada abaixo, deixando ao arbítrio do Magistrado a mencionada diferenciação.

33. SENAPPEN, *Relatório de informações penais 15º ciclo SISDEPEN 2º semestre de 2023*, cit.

34. L.I. Martins, F.B.D. Estrada, *Direito Penal do Inimigo*, *Revista Jurídica UNIGRAN*, v. 11, n. 21, jan./jun. 2009, p. 101 et seq.

35. L.I. Martins, F.B.D. Estrada, *Direito Penal do Inimigo*, cit.

A partir da comparação entre a taxa de encarceramento dos considerados crimes de colarinho branco e dos crimes de colarinho azul, além das taxas referentes aos níveis de escolaridade e raça dos apenados, percebe-se que o sistema prisional possui preferência a um certo grupo, isto é, jovens com baixo nível de escolaridade, em sua maioria pretos e pardos.

Ainda no que concerne ao direito penal do inimigo, entende-se que a sociedade enxerga os seres marginalizados como os únicos cometedores de crime que oferecem risco à segurança pública, exigindo respostas imediatistas do Estado para a contenção da mencionada criminalidade, ao passo que os crimes cometidos pela elite brasileira, como a lavagem de dinheiro, a sonegação fiscal, a corrupção e entre outros são, frequentemente, praticados por aqueles que exigem um recrudescimento das penas.

Dessa forma:

O Estado, conforme proposta apresentada por Jakobs, poderá proceder de duas formas contra os transgressores da norma: pode vê-los como pessoas que agiram de modo errado, ao delinqüir (*sic*), e assim, deve ser aplicado a eles uma pena na busca de se restabelecer a vigência da norma; ou como indivíduos que visam destruir o ordenamento jurídico, devendo ser aplicado contra estes um procedimento de guerra, mediante a coação, com aplicação de penas desproporcionais, adiamento da punibilidade e flexibilização ou até supressão das garantias penais e processuais previstas legalmente, sendo essas, portanto, as características primordiais do Direito Penal do Inimigo.³⁶

Uma forma institucionalizada de se garantir a segregação social e racial foi por meio da guerra às drogas, movimento composto pelo apelo social de medidas repressivas imediatistas por meio do direito

36. L.I. Martins, F.B.D. Estrada, *Direito Penal do Inimigo*, cit., p. 104.

penal simbólico. Cabe destacar que, no Brasil, esta guerra atinge majoritariamente a periferia das regiões metropolitanas, vista pela elite da sociedade como a representação da precariedade e da violência, devendo ser controlada. Não se considerar os efeitos que os excessos cometidos nas ocupações, em nome do extermínio do tráfico e das redes criminosas, possuem em toda estrutura social.³⁷

Tais operações, como ocorreu na favela do Jacarezinho (RJ),³⁸ em 2021, são legitimadas pela sociedade civil por representarem o extermínio do inimigo da sociedade, isto é, a figura do traficante. Porém, por representar, da mesma forma, uma espécie de higienização social do povo marginalizado. Tal prática advém da concepção de necropolítica, isto é, a permissividade do Estado em matar pessoas sujeitas ao biopoder dominante,³⁹ ou seja, brancos da classe média.

A guerra não se faz contra a droga em si, uma vez que não há grandes operações com altos níveis de morte em baladas nos centros urbanos, mas sim contra o usuário da droga considerado como "matável", isto é, o preto e periférico. Herança advinda da escravidão e influenciada pela formação de estereótipos, disseminados pela mídia, do indivíduo perigoso. No entanto, com o

37. A.C. Telles, L. Arouca, R. Santiago, *Do #vidasnasfavelasimportam ao #nós-pornós: da juventude periférica no centro do debate sobre política de drogas*, in Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) *Boletim de Análise Político-Institucional*, n. 18, dezembro 2018.

38. A chacina/"operação" da Polícia Civil na favela do Jacarezinho, no município do Rio de Janeiro (RJ), ocorrida no dia 6 de maio de 2021, acarretou na morte de 28 pessoas, movimentando as mídias informativas e redes sociais. B.A. da Silva, M.G. Fracaro, *Operação chacina: rotulações da chacina de Jacarezinho em jornais selecionados*, in *Humanidades em diálogo*, vol. 12, 2023, p. 127 et seq., disponível em <https://www.revistas.usp.br/humanidades/article/view/192227>.

39. A. Mbembe, *Necropolítica*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

aumento dos grupos sociais em defesa dos direitos humanos, a ocupação nas favelas e a prática da necropolítica veio sendo criticada e fiscalizada, encontrando como alternativa a prática de aprisionamento em massa.⁴⁰

A necropolítica, conceituada por Achille Mbembe, representa o ápice da soberania estatal, onde o Estado de exceção é constante e os direitos são suprimidos, resultando em uma desumanização extrema do corpo e do processo de morte. Essa dinâmica de dominação e morte implica diretamente na negação dos direitos básicos, como o direito ao voto aqui discutido e especialmente o direito à vida.⁴¹

Nesse sentido:

Após as tentativas de segregação racial no Brasil pós-colônia, com o término da Segunda Guerra Mundial e a emergência das pautas de direitos humanos, o estado percebeu que não seria mais possível manter as políticas separatistas, encontrando assim, no cárcere, uma nova forma de se livrar do povo preto. Afinal, quando preso, o indivíduo perde o controle sobre o seu direito de defesa, e está o tempo todo à mercê da morte dentro dos presídios e penitenciárias brasileiros.⁴²

Destaca-se que esta prática possui efeitos nocivos à sociedade, sendo estes um aumento no déficit público, bem como a realocação progressiva dos fundos que deveriam ser destinados à saúde e educação para os presídios, haja vista que a manutenção da subsistência do preso fica a cargo do Estado. Cabe apontar

40. M.C.C.V. Gomes, *Guerra às drogas: uma análise sob o viés da necropolítica*, 2021, 40 f. TCC (Graduação), Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021.

41. A. Mbembe, *Necropolítica*, *cit.*

42. M.C.C.V. Gomes, *Guerra às drogas: uma análise sob o viés da necropolítica*, 2021, *cit.*, p. 22.

também os impactos econômicos e de rotinização das cidades em que se encontram os estabelecimentos, em decorrência das desvalorizações patrimoniais. No que tange aos presos, o efeito da mencionada prática fomenta a reincidência, em decorrência, primordialmente, do ingresso em facções criminosas, bem como da ausência de oportunidades conferidas aos egressos do sistema, agravando as desigualdades sociais já existentes. E, por fim, a morte social do preso ao ser tolhido do seu direito de exercer o direito cívico do voto.⁴³

2.2. PCC: um retrato das consequências do encarceramento em massa

O crescimento das facções criminosas nos presídios brasileiros é um fenômeno complexo e marcante no cenário da segurança pública do país. Cita-se, como exemplo para o presente artigo, o Primeiro Comando da Capital (PCC) que surgiu em São Paulo, logo após o Massacre do Carandiru.⁴⁴

A origem de uma das maiores Organizações Criminosas do Brasil, em 1993, na Casa de Custódia de Taubaté, sendo formada por oito detentos, com o objetivo de combater a violência policial e o descaso estatal com os custodiados. Com o desenvolvimento e o alastramento da facção pelo território nacional, o Primeiro

43. L.D. Minhoto, *Encarceramento em massa, racketeering de estado e racionalidade neoliberal*, cit.

44. O Massacre do Carandiru ocorreu, em 1992, após policiais militares invadirem o Pavilhão 9 do presídio do Carandiru para conter uma rebelião que se encontrava em andamento. No entanto, este episódio resultou na morte de 111 detentos, sendo que muitos corpos foram encontrados em suas camas, bem como testemunhas afirmaram o excesso praticado pelos agentes públicos. L.M.A. Ferreira, M.R. de A. Machado, M.R. Machado, *Massacre do Carandiru: vinte anos sem responsabilização*, in *Novos Estudos - Cebrap*, n. 94, 2012.

Comando necessitava de fontes de renda, sendo a maior delas o tráfico de drogas e de armas.⁴⁵

Criando suas próprias regras de convivência, o PCC se transformou em um Estado paralelo e, de acordo com os próprios “irmãos”, a adesão ocorreu, inicialmente, como uma forma de se proteger nos presídios, bem como de conviver com ordem e respeito, vigorando as normas estabelecidas, com a punição adequada e decidida, em consenso, em virtude da quebra de um dos mandamentos.⁴⁶

O PCC, inclusive, foi o responsável por ter vedado o uso do crack nos presídios, haja vista os efeitos nocivos que a dependência química à droga ocasionava, tornando mais difícil o controle dos detentos e que estes obedecessem às normas da irmandade, além de controlar a epidemia de AIDS que era objeto de preocupação, especialmente nos anos 1980 e início dos anos 1990, em virtude do compartilhamento de seringas e da impossibilidade do Estado ofertar o tratamento adequado.⁴⁷

Além disso, a rotina nos presídios se alterou, sendo o PCC o responsável por financiar os custos das visitas dos familiares dos “irmãos” nos estabelecimentos prisionais distantes, bem como por oferecer proteção e sustento a estes. Com relação ao próprio preso, a Organização Criminosa lhe oferecia suporte, não apenas como um meio de sobrevivência, mas sim para suprir a ausência

45. C.H. Marinho, *Sobre a Guerra: facções e crime no Brasil in O Público e o Privado, Fortaleza*, v. 17, n. 33 jan.jun, p. 329–340, 2019, disponível em <https://revistas.uece.br/index.php/opublicoeoprivado/article/view/2225>.

46. G. Feltran, *Irmãos: uma história PCC*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

47. D. Varella, *Prisioneiras*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

de amparo estatal quando este cumprisse sua pena, ofertando uma forma de conseguir renda.

Quanto à forma de expansão, o encarceramento em massa e a estratégia de separar os detentos foram os principais meios de obtenção de êxito para a Organização dominar as fronteiras e o território nacional, bem como disseminar seus mandamentos pelos presídios de todo o Brasil, aumento os índices de violência entre os detentos, em decorrência de já existirem facções rivais estabelecidas.⁴⁸

Com o aumento de apenados, a precariedade dos estabelecimentos prisionais ficara mais evidente, haja vista as condições insalubres a eles impostas, além de ser o maior meio de angariação, pelos motivos já supracitados. Ademais, como já aludido, com a movimentação dos membros pelo Brasil, ao invés de enfraquecer o Comando, esta estratégia intensificou a rede criminosa formada. Nesse sentido:

Já no fim da década de 2010, o sistema forma um vasto universo com 170 unidades e 240 mil pessoas, quase o dobro de sua capacidade, em penitenciárias espalhadas por cidades do interior, como nas da região Oeste, para muitas das quais a viagem dura mais de oito horas de ônibus a partir da capital. A nova distribuição territorial dos presídios dificultava as visitas e assustava os moradores das cidades que os recebiam. Dentro do sistema, uma nova geração começava a se formar. Pessoas nascidas em São Paulo, revoltadas com a violência policial, iriam se articular contra a opressão do Estado e se unir como alternativa para sobreviver. Não restavam opções: era preciso se organizar. Essa nova cultura prisional transformaria o interior dos presídios de forma ainda mais profunda no fim dos anos 1990, com a popularização dos telefones celulares.⁴⁹

48. G. Feltran, *Irmãos: uma história PCC*, cit.

49. B.P. Manso, C.N. Dias, *A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Todavia, 2018, p. 87.

Compreende-se que a "má, precária e equivocada gestão da política prisional brasileira, a superpopulação, a chegada dos telefones celulares e as transferências de presos entre prisões locais e estaduais, ao invés de desmobilizar o poder dos grupos, acabaram ajudando a facção a se fortalecer, a divulgar sua ideologia e a arregimentar novos "irmãos"⁵⁰. O Estado favoreceu o crescimento da população carcerária e fortaleceu as organizações criminosas.

Sendo assim, conclui-se o presente tópico com a relação entre a morte social do preso e o crescimento da criminalidade. Em primeiro lugar, em virtude do cárcere aumentar as desigualdades sociais já existentes, sendo esta uma nova forma de segregação social e limpeza étnica da população. Além disso, os egressos possuem dificuldade de procurar um caminho diverso do crime, um dos motivos que os leva a reincidir.

Além disso, as péssimas condições nos estabelecimentos e as práticas cruéis de manutenção da ordem, atentatórias à dignidade de cada indivíduo custodiado, favorecem a expansão das facções criminosas que ofertam soluções às questões referidas acima.

Porém, como há de se esperar melhoras efetivas na qualidade de vida dos apenados, evitando os fenômenos acima descritos, quando os membros do Poder Executivo e Legislativo não necessitam angariar votos dessa parcela da sociedade? Sabe-se que membros de cargos eletivos elaboram e executam suas promessas de campanhas visando uma futura reeleição, não havendo benefício imediato para os candidatos, em termos de angariação de votos,

50. C.H. Marinho, *Sobre a Guerra: facções e crime no Brasil*, cit., p. 333.

por quais motivos os levariam a pensar em políticas públicas que visassem soluções às questões de superlotação e precariedade?

3. A PROBLEMÁTICA DO ACESSO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS

A interseção entre o encarceramento em massa, a restrição dos direitos políticos dos presos e o crescimento das facções criminosas no Brasil revela um ciclo de exclusão e marginalização que compromete gravemente a efetivação da cidadania e dos direitos humanos no país. Ao negar aos presos o direito ao voto, o Estado não apenas viola princípios democráticos fundamentais, mas também perpetua a desigualdade social e a estigmatização dos indivíduos privados de liberdade.

Nesse sentido, Rogério Puggina⁵¹ afirma:

Não podemos, de maneira alguma, ir além da restrição de liberdade do direito de ir e vir. O voto é o poder que temos de interferir na estrutura governamental, de manifestar qualquer descontentamento. Os presos já se encontram em desigualdade perante as pessoas livres, e se os proibirmos de votar acaba aumentando ainda mais esta desigualdade e, assim, por conseguinte, enfraquece a democracia. Como podemos pensar em políticas públicas para o sistema prisional, se o preso é um invisível político?

Assim, o direito fundamental à igualdade é transgredido quando os direitos políticos dos condenados criminalmente são suspensos, privando-os de participar do processo democrático. Essa medida não só desrespeita o princípio da igualdade, como também contraria princípios constitucionais essenciais, como a cidadania,

51. R.T. Puggina, *O Direito de Voto dos Presos*, in *Revista Sociologia Jurídica*, nº 03, julho/dezembro 2006, p. 5.

a dignidade da pessoa humana, a individualização da pena, a personalidade da pena, a proporcionalidade, a razoabilidade, entre outros.⁵²

É necessário, para tanto, utilizar o caráter transformativo da Constituição, utilizando-se os próprios preceitos que constam nela para que os direitos dos presos sejam respeitados. “Podemos classificar a nossa Constituição como um documento de caráter transformativo porque ela contém inúmeras normas que claramente compõem um sistema protetivo que almeja a inclusão de grupos sociais tradicionalmente discriminados”.⁵³

Nesse contexto, torna-se imperativo o desenvolvimento de políticas públicas direcionadas à reforma do sistema prisional com base nos instrumentos já presentes na Constituição.

Apresenta-se o conceito de políticas públicas para maior compreensão de sua relevância e papel social: “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.⁵⁴

Pode-se afirmar que as políticas públicas são meios necessários para alterar realidades fáticas, bem como oferecerem a ampliação

52. V.S.C. Feitoza, C.A. de M. Ramos Filho, *Direito de Votar do Preso Condenado por Sentença Criminal: Uma Inconstitucionalidade?*, in *Anais do V Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, n. 5, out. 2017, p. 414 et. seq.

53. A.J. Moreira, *Tratado de Direito Antidiscriminatório*, cit., p. 256.

54. M.P. Bucci, *O conceito de política pública em direito*, in M.P. Bucci (org.), *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

da cidadania para os grupos socialmente excluídos⁵⁵. No entanto, a invisibilização dos direitos políticos dos presos tem gerado uma construção cada vez mais precária e inadequada dessas políticas. Considerando que o interesse em ampliar direitos dos presos não é a única variável envolvida na formulação das políticas públicas, estas dependem de outras questões, como pressões políticas e midiáticas, o que faz compreender a falta de interesse político e social em tratar desta questão.

Assim, é essencial reconhecer a importância de se restaurar os direitos políticos dos apenados, superando as pressões sociais em prol da construção de uma sociedade mais justa, igualitária e democrática. Portanto, torna-se necessário observar que o dispositivo legal que impõe a suspensão dos direitos políticos aos condenados confronta diretamente vários princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, conforme anteriormente mencionado.

A inclusão social desses indivíduos é de suma importância. O direito de voto representa sua vontade, sua cidadania, demonstrando que fazem parte integrante da sociedade. Eles não devem ser marginalizados pelos erros que cometeram e pelos quais já estão sendo punidos ao serem privados de suas liberdades. No entanto, a exclusão estabelecida pela Constituição Federal no artigo 15, inciso III,⁵⁶ não deve obstruir esse direito fundamental.

Em última análise, a superação dos desafios relacionados aos direitos políticos dos presos requer uma abordagem multidimen-

55. G.P. Smanio, *As dimensões da cidadania*, cit.

56. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

sional, que enfrente não apenas as questões estruturais do sistema prisional, mas também as raízes mais profundas da desigualdade e da exclusão social. Somente assim será possível construir uma sociedade verdadeiramente democrática, inclusiva e respeitadora dos direitos de todos os seus cidadãos, independentemente de sua condição de encarceramento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A restrição do direito ao voto dos presos no Brasil é um tema complexo e multifacetado, que suscita debates acalorados sobre os limites da democracia e da garantia dos direitos humanos. Como destacado ao longo desta pesquisa, a exclusão política dos indivíduos privados de liberdade não apenas contraria os princípios fundamentais da democracia, mas também perpetua um ciclo de marginalização e exclusão social.

A história do país, marcada por períodos de autoritarismo e violação dos direitos civis e políticos, ressalta a importância da proteção e promoção desses direitos como pilares fundamentais da convivência democrática. A Constituição Federal de 1988 representou um avanço significativo nesse sentido, consagrando princípios como a soberania popular e o respeito à dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado democrático de direito.

No entanto, a aplicação desses princípios no contexto prisional tem sido desafiadora, especialmente diante das condições precárias e da violência que caracterizam o sistema prisional brasileiro. A superlotação, a falta de infraestrutura adequada e a ausência

de políticas eficazes de ressocialização contribuem para a perpetuação do ciclo de criminalidade e exclusão social, dificultando a efetivação dos direitos fundamentais dos presos.

Nesse sentido, a exclusão política dos presos não apenas representa uma violação dos seus direitos individuais, mas também compromete a legitimidade do sistema democrático como um todo. Ao privar uma parcela significativa da população do direito de participar do processo político e da tomada de decisões, corre-se o risco de aprofundar as desigualdades sociais e reforçar as estruturas de poder excludentes.

Diante desse cenário, torna-se imperativo repensar as políticas públicas voltadas para o sistema prisional, buscando promover a inclusão social e a ressocialização dos indivíduos privados de liberdade. Isso inclui não apenas garantir o acesso ao voto, mas também oferecer oportunidades de educação, trabalho e assistência social, visando preparar os presos para uma reinserção efetiva na sociedade, mitigando os índices de reincidência.

Além disso, é fundamental promover um debate amplo e democrático sobre a questão dos direitos políticos dos presos, envolvendo a sociedade civil, as instituições governamentais e os órgãos de justiça. Somente por meio do diálogo e da colaboração entre todos os atores envolvidos será possível construir um sistema prisional mais justo, humano e compatível com os princípios democráticos e os direitos humanos.

Portanto, esta pesquisa reforça a importância de se repensar as políticas e práticas relacionadas aos direitos políticos dos apenados no Brasil, bem como na própria prática de encarceramento em

massa, visando garantir a efetivação dos princípios democráticos e o respeito aos direitos humanos para todos os cidadãos, independentemente de sua condição de encarceramento.

REFERÊNCIAS

A. Mbembe, *Necropolítica*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

A.C. Telles, L. Arouca, R. Santiago, *Do #vidasnasfavelasimportam ao #nóspornós: da juventude periférica no centro do debate sobre política de drogas*, in Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) Boletim de Análise Político-Institucional, n. 18, dezembro 2018.

A.J. Moreira, *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. 1ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

B.A. da Silva, M.G. Fracaro, *Operação chacina: rotulações da chacina de Jacarezinho em jornais selecionados*, in *Humanidades em diálogo*, vol. 12, 2023, disponível em <https://www.revistas.usp.br/humanidades/article/view/192227>.

B.P. Manso, C.N. Dias, *A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Todavia, 2018.

Brasil, Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988.

C. dos S. Fialho, *A Sentença Penal Condenatória como fator determinante para a suspensão dos direitos políticos*, in RT 912. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

C. Oliveira, *O que se sabe sobre a operação no Jacarezinho que matou 28 pessoas?*, in *Brasil de Fato*, 2021, disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2021/05/10/o-que-se-sabe-sobre-a-operacao-no-jacarezinho-que-matou-28-pessoas>.

C.H. Marinho, *Sobre a Guerra: facções e crime no Brasil*, in *O Público e o Privado*, Fortaleza, v. 17, n. 33 jan.jun., 2019, disponível em <https://revistas.uece.br/index.php/opublicoeoprivado/article/view/2225>.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969.

D. Garland, *The meaning of mass imprisonment*, in GARLAND, David (org.). *Mass imprisonment: social causes and consequences*. London: SAGE, 2001.

D. Richter, T.S. Farias, *Ditadura Militar no Brasil: dos instrumentos jurídicos ditatoriais para a democracia outorgada*, in *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, v. 11, n. 3, 2019.

D. Varella, *Estação Carandiru*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

D. Varella, *Prisioneiras*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

- F.R. de Oliveira, *Preso Cidadão: os direitos políticos do criminalmente condenado*, 2019, 292 f. Dissertação (Mestrado), Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.
- F.V. dos Anjos, *Análise Crítica da Finalidade da Pena na Execução Penal: ressocialização e o direito penal brasileiro*, 2009, 185 f., Dissertação (Mestrado), Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- G. Feltran, *Irmãos: uma história PCC*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- G.P. Smanio, *As dimensões da cidadania in Revista da Escola Superior do Ministério Público*, 2009.
- I.J.B. Neto, *A incapacidade eleitoral ativa nas hipóteses de suspensão dos direitos políticos previstos na Constituição De 1988 e sua compatibilidade com o estado de direito democrático*, 2022, 122 f. Tese (Doutorado), Curso de Direito, O Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (Idp), Brasília, 2022.
- J.E.B.A. Duarte, *Os direitos políticos na perspectiva do direito penal: impactos da prisão preventiva no processo eleitoral brasileiro*, 2022, 134 f. Dissertação (Mestrado), Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2022.
- J.M. de Carvalho, *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- J.P. Faria, L.C. de Oliveira, *Princípio da humanidade das penas e a inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado no direito penal brasileiro*, in *Revista Justiça do Direito*, v. 21, n. 1, 2012.
- L.A. da S. Silva, N.I.S. Cury, *Criminologia Crítica*, in *Biblioteca Digital do Susp: teoria do etiquetamento criminal*, São Paulo, 2021, disponível em <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/4162>.
- L.D. Minhoto, *Encarceramento em massa, racketeering de estado e racionalidade neoliberal*, in *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 109, 2020.
- L.I. Martins, F.B.D. Estrada, *Direito Penal do Inimigo*, in *Revista Jurídica UNIGRAN*, v. 11, n. 21, jan./jun. 2009.
- L.M.A. Ferreira, M.R. de A. Machado, M.R. Machado, *Massacre do Carandiru: vinte anos sem responsabilização*, in *Novos Estudos - Cebrap*, n. 94, 2012.
- L.P.O. de Oliveira, C.I.A. Vaz, L.G.N. Costa, A. da S. Boeira, *Etiologia da consolidação dos direitos fundamentais, na redemocratização política brasileira, de 1974 à Constituição Federal de 1988*, in *Thêma Et Scientia*, v. 6, n. 2, 2016.
- M. Ridenti, *As oposições à ditadura: resistência e integração*, in R.P.S. Motta, D.A. Reis, M. Ridenti, (org.), *A ditadura que mudou o Brasil: 50 anos do golpe de 1964*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014.
- M.C.C.V. Gomes, *Guerra às drogas: uma análise sob o viés da necropolítica*, 2021, 40 f. TCC (Graduação), Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021.

M.P. Bucci, *O conceito de política pública em direito*. in M.P. Bucci (org.), *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

R.S. Cunha, *Manual de direito penal: parte geral*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

R.T. Puggina, *O Direito de Voto dos Presos*, in *Revista Sociologia Jurídica*, n° 03, julho/dezembro 2006.

SENAPPEN, *Relatório de informações penais 15º ciclo SISDEPEN 2º semestre de 2023*, disponível em <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>.

Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADPF n° 347 MC/DF. Rel.: Min. Marco Aurélio. DJ. 04/10/2023.

T.H. Marshall. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

V.S.C. Feitoza, C.A. de M. Ramos Filho, *Direito de votar do preso condenado por sentença criminal: uma inconstitucionalidade?*, in *Anais do V Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, n. 5, out. 2017.

Received on 04/03/2024

Approved on 10/05/2024

LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS SOBRE LOS RECURSOS NATURALES Y EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA LIBRE DETERMINACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS ¹

Ena Carnero Arroyo²

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo es analizar el principio de la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales (PSRN) desde el enfoque del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Declaración de las Naciones Unidas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos Indígenas que reconocen su derecho a la libre determinación y el derecho a la propiedad colectiva nos plantean la hipótesis sobre la extensión del PSRN hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas para ejercer jurisdicción sobre sus tierras y territorios ancestrales. Se ha realizado un estudio documental del origen y desarrollo del PSRN en relación con el derecho de la libre determinación de los pueblos y se concluye que en un contexto no colonial los pueblos indígenas son titulares de ese derecho y que el derecho a sus territorios, a la tierra y a los recursos naturales son elementos del PSRN, el cual es la base de su autonomía política y económica. El incumplimiento de los Estados de respetar y garantizar estos derechos promueve el riesgo de secesión.

PALABRAS CLAVES: Principio de la soberanía de los Estados sobre los

1. E.C. Arroyo, *La soberanía de los Estados sobre los Recursos Naturales y el Derecho de los Pueblos Indígenas a la libre determinación desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, v. 4, n. 1, 2024, p. 184 et seq.
2. Profesora principal de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y CP de la universidad Nacional de Trujillo, master of laws, doctora en Derecho y Ciencias Políticas.

recursos naturales; Derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación; Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

THE SOVEREIGNTY OF STATES OVER NATURAL RESOURCES AND THE RIGHT OF INDIGENOUS PEOPLES TO SELF-DETERMINATION FROM THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

ABSTRACT: This paper focuses on the analysis of the principle of State sovereignty over natural resources (PSNR) from the perspective of International Human Rights Law. The United Nations Declaration and the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, which recognize their right to self-determination and the right to collective property, raise the hypothesis about the extension of the PSNR towards the recognition of the rights of indigenous peoples to exercise jurisdiction over their ancestral lands and territories. A documentary study of the origin and development of the PSNR has been carried out in relation to the right of self-determination of peoples and it is concluded that in a non-colonial context, indigenous peoples are holders of that right and that the right to their territories, to Land and natural resources are elements of the PSNR, which is the basis of its political and economic autonomy. The failure of States to respect and guarantee these rights promotes the risk of secession.

KEY WORDS: Principle of sovereignty of States over natural resources; Right of indigenous peoples to self-determination; International Law of human rights.

ÍNDICE: Introducción; 1. El principio de la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales: Hacia un enfoque basado en derechos humanos; 2. El nexo entre el PSNR y el derecho a la libre determinación de los pueblos; 3. El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, el PSNR; 3.1. El derecho a la propiedad colectiva, a la tierra, territorios y recursos naturales; Consideraciones finales; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El principio de la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales nace como un instrumento de lucha de los países de reciente independencia después de la segunda guerra mundial que exigen el derecho a disponer libremente de sus recursos sin

intervención extranjera; sin embargo, en su desarrollo se consolida como un derecho soberano de los Estados de administrar dichos recursos, pero con el respectivo deber de ejercerlo en beneficio de su población. Los Estados como titulares de derechos soberanos se han resistido a cumplir con ese deber. Del estudio comparativo del desarrollo del PSRN y de la libre determinación de los pueblos se observa que existe una tensión entre ellos. De un lado, el PSRN se regula como una obligación interestatal y el derecho a la libre determinación se ha reconocido como un derecho humano en los Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1966: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); de otro lado, el Estado tiene una obligación interna de administrar los recursos naturales en beneficio de su población. No se reconocía este derecho a los pueblos, pero el principio de libre determinación que tiene como sujetos titulares a los pueblos, es un derecho de dimensión interna no externa, pues no debe atentar a la integridad territorial.

Con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se sostiene que el PSRN se ha desplazado del enfoque puramente estatal hacia un enfoque a favor de los derechos de las personas y de los pueblos. Con la dación de la Declaración de las UN de 2007 y la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016, que reconocen el derecho a la libre determinación de estos pueblos, más no el derecho a la administración de los recursos naturales que se encuentran en los territorios que ocupan, se plantea la hipótesis relativa a la

extensión del PSRN hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas para ejercer jurisdicción sobre sus tierras y territorios ancestrales.

Para responder a la hipótesis planteada el trabajo se ha dividido en tres partes. En la primera se aborda el origen y desarrollo del PSRN; en la segunda el nexo entre el PSRN y el derecho a la libre determinación de los pueblos y en la tercera se analiza el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y su derecho a la propiedad colectiva, a la tierra, territorios y recursos naturales.

Se concluye que en un contexto no colonial los pueblos indígenas son titulares de ese derecho y que el derecho a sus territorios, a la tierra y a los recursos naturales son elementos del PSRN, el cual es la base de su autonomía política y económica. El incumplimiento de los Estados de respetar y garantizar estos derechos promueve el riesgo de secesión.

1. EL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA PERMANENTE DE LOS ESTADOS SOBRE LOS RECURSOS NATURALES: HACIA UN ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS

El PSRN es un principio firmemente establecido en el derecho internacional, de naturaleza consuetudinaria cuya *opinio juris* se expresa en las resoluciones de la Asamblea General (AG) de las Naciones Unidas y en la práctica de los Estados, así como en decisiones judiciales.³

3. International Court of Justice, *Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, judgment, 2005.

Su origen se relaciona con las luchas de los países recién independizados como resultado del proceso de descolonización después de la segunda guerra mundial. Las expropiaciones y nacionalizaciones realizadas por estos países demostraban que la independencia política no era suficiente y que necesitaban para su desarrollo la independencia económica. En términos jurídicos el principio de la soberanía permanente de los recursos naturales es la consecuencia del principio de "igualdad soberana de los Estados y especialmente del de igualdad de los derechos de los pueblos y de su derecho de disponer de sí mismos".⁴

Habiendo surgido por presión de los países en vías de desarrollo, el PSRN evoluciona como parte de la soberanía interna de los Estados. Su desarrollo se llevó a cabo mediante resoluciones de la AG de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Las primeras resoluciones se aprueban entre los años 50 y 60 del siglo pasado. Entre ellas tenemos la resolución 626 (VII) de 1952 sobre "Desarrollo Económico Integrado y Acuerdos Comerciales", la resolución 1803 (XVII) "Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales" del 14 de diciembre de 1962 y la resolución 2158 (XXI) "Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales", del 06 de diciembre de 1966. De estas la más importante se considera la 1803 que declara la "Soberanía permanente sobre los recursos naturales" como un derecho de los pueblos y de las naciones que debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar

4. F. Sánchez-Apellaniz, *La Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales: Orígenes y Contenidos*, ponencia presentada a las V. Jornadas de Profesores españoles de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Sevilla, 1980, p. 4, disponible en https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/20977/1/ADL_V1_1979-80-81_01.pdf.

del pueblo del respectivo Estado.⁵ La Declaración es relevante pues limita la soberanía estatal y vincula el principio de PSRN con la garantía de utilizar los recursos naturales en beneficio de la población de ese Estado.⁶ Reconoce la autonomía de los pueblos y naciones al señalar que la disposición de los recursos debe someterse a las regulaciones, limitaciones o prohibiciones que consideren necesarios.⁷

Esta Declaración refleja el compromiso entre los intereses de los países en vías de desarrollo, destinatarios de las inversiones extranjeras, y los países desarrollados, dueños del capital de inversión. Por un lado, se indica que “La nacionalización, la expropiación o la requisición deberán hacerse por motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, los cuales se reconocen como superiores al mero interés particular o privado, tanto nacional como extranjero.”; por otro lado, se asume, que tanto la legislación interna como el derecho internacional, deberán regular el monto y las condiciones de la indemnización correspondiente. Esta disposición sobre la indemnización es un punto de desencuentro entre los países receptores de la inversión y los países inversores. Los primeros no son partidarios de que sea el derecho internacional el que prevé el monto de la indemnización ni las modalidades de

5. AG. Res. 1803 (XVII) de la Asamblea General de la ONU, del 14 de diciembre de 1962, art. 1.

6. A. Shawkat, A. Al Faruque, *From Sovereignty to Self-Determination: Emergence of Collective Rights of Indigenous Peoples in Natural Resources Management*, in *The Georgetown Environmental Law Review*, vol. 32, n.1, 2019, p. 65 *et seq.*

7. AG. Res. 1803 (XVII), *cit.*, art. 2.

pago, mientras que los segundos exigen una indemnización pronta, satisfactoria y efectiva.⁸

Después de 1962, en los años 70, el PSRN continuó desarrollándose en otras resoluciones de la ONU. En esta fase, el principio se amplía hacia el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI) más justo. La Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (Res 3201), El Programa de Acción sobre el Establecimiento de un NOEI (Res 3202) y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (Res 3281). El valor de estas Declaraciones es que constituyen una campaña política de los países en vías de desarrollo en contra del neocolonialismo para asegurar su desarrollo económico mediante el reconocimiento de la soberanía permanente de sus recursos naturales como un derecho inalienable del Estado que puede ser aplicado a toda la estructura e infraestructura económica del Estado.⁹

Posteriormente el PSRN ha sido incorporado en distintos instrumentos internacionales reafirmando la soberanía de todos los Estados sobre sus recursos naturales; sin embargo, en un contexto no colonial, el principio, por un lado, se amplía a las personas y pueblos de un Estado, produciéndose una tensión con el principio de libre determinación de los pueblos, y por otro lado, los mismos

8. A. Gómez Robledo Verduzco, *Significación Jurídica del Principio de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales*, in *Temas Selectos de Derecho Internacional*, p. 505, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/831/22.pdf>.

9. A. Gómez Robledo Verduzco, *Significación Jurídica del Principio de la Soberanía Permanente*, *cit.*, p. 507. Asamblea General de la ONU, Resolución 3281 (XXIX) del 12 de diciembre de 1974, Carta de Derechos y deberes Económicos de los Estados (CADDEE), art. 1.

Estados que utilizaron este principio como un instrumento de lucha se apartan de él, en sus negociaciones con Estados desarrollados, y se alinean más con el compromiso de la Declaración de 1962, en pro de la seguridad jurídica de las inversiones extranjeras. Esto se debe a los efectos de la globalización económica como la privatización de las empresas estatales, la suscripción de acuerdos bilaterales de inversión, de tratados de libre comercio (TLC) cuyo objeto es la explotación de los recursos no renovables. La intensificación indiscriminada de la explotación de estos recursos ha suscitado conflictos socio-ambientales entre el Estado y la población que vive en el territorio donde se explotan los recursos naturales. En los países andinos los conflictos de este tipo suceden frecuentemente entre los Estados dueños de los recursos y los pueblos indígenas poseedores de dichos recursos.¹⁰

En consecuencia, este principio debe entenderse ahora, unido al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el derecho ambiental y el derecho internacional de las inversiones. La conexión del PSRN con el DIDH ha dado lugar a que la soberanía estatal sobre los recursos naturales incluya también el deber de explotar dichos recursos en beneficio de la población y los pueblos que se encuentran en su territorio; es decir que la soberanía estatal se ha extendido hacia las personas y debe ser entendida como una

10. En la Amazonía peruana se ha reportado que, del total de conflictos sociales, cerca del 60% corresponden a temas socioambientales, vinculados a operaciones petroleras, la minería ilegal o el tráfico de madera. Las comunidades indígenas vienen reclamando atención del Estado por los constantes derrames de petróleo. A. Castro, *Hay 62 conflictos sociales en la Amazonia mientras actividades extractivas aumentan*, in *Ojo Público*, 2023, disponible en <https://ojo-publico.com/ambiente/territorio-amazonas/hay-62-conflictos-amazonicos-mientras-actividades-extractivas-crecen>.

relación entre el Estado y los actores no estatales que claman el acceso y el control sobre los recursos naturales.¹¹

2. LA TENSIÓN ENTRE EL PSRN Y EL PRINCIPIO DE LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS

El PSRN y el de la libre determinación de los pueblos tienen un desarrollo paralelo; ambos se han desarrollado mediante resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social, la ex Comisión de Derechos Humanos, entre otros. Ambos principios surgieron en un escenario de descolonización y de lucha de los países en vías de desarrollo por conseguir, además de su soberanía política, la económica.¹²

Uno y otro principio tienen en común el reconocimiento del derecho de disponer libremente de los recursos naturales; pero los sujetos de ese derecho son distintos. Así, los sujetos del derecho a la soberanía permanente sobre los RN son los Estados y los sujetos del principio de libre determinación son los pueblos. El principio de libre determinación de los Pueblos (PLDP) es reconocido en el art. 1,2 de la Carta de la ONU y en el art. 55. De acuerdo con la Declaración de Principios de Derecho Internacional¹³ “[...] todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia

11. “Sovereignty must be understood in relational terms and must take into account the non-state actors that shape access to and control over natural resources”. A. Shawkat, A. Al Faruque, *From Sovereignty to Self-determination*, cit., p. 69.

12. N. Schrijver, *Self-determination of peoples and sovereignty over natural wealth and resources*, p. 97, disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Development/RTDBook/PartIIChapter5.pdf>.

13. Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 24 de octubre de 1970, *Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, p. 132, dis-

externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho [...]”.

En 1966 la AG de la ONU aprueba dos Pactos de derechos humanos: El Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En ambos Pactos (Art. 1) se reconoce el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, que incluye el derecho a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales. Los Estados no pueden bajo ningún caso privar a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. Esta fórmula es también producto del compromiso político entre los países en vías de desarrollo y los desarrollados. A la propuesta de la AG, aprobada por resolución 545 (VI) del 5 de febrero de 1952, de incluir en el proyecto de elaboración de los dos Pactos de DDHH, una disposición relativa al derecho de los pueblos a la autodeterminación política y económica, se añade la de Chile que consistía en incluir el derecho a la soberanía permanente sobre las riquezas y los recursos naturales como parte del derecho de los pueblos a la libre determinación. Los Estados occidentales como Reino Unido, Francia y otros se opusieron a dicha propuesta, bajo el argumento de que se relacionaba más con las relaciones interestatales antes que con los derechos humanos¹⁴. De esta forma el PSRN generaría derechos y obligaciones internacionales entre los Estados. Tal como está redactado el principio de libre

ponible en <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/352/86/pdf/nr035286.pdf?token=E1XU5ykbkXtLf7wYsy&fe=true>.

14. N. Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*, in *Cambridge University Press*, 1997, version 2008, p. 49 et seq., disponible en www.cambridge.org.

determinación de los pueblos en los Pactos de 1966, se interpreta como un derecho de los pueblos de disponer de sus recursos naturales de toda intervención exterior. No comprendía el derecho de los pueblos o de los pueblos indígenas a reclamar el control de sus recursos contra sus Estados.¹⁵

Bajo la doctrina de la autodeterminación interna, corresponde a la población de los Estados independientes reclamar el beneficio de la administración de los recursos naturales al gobierno; cuestión que genera una relación conflictiva o tensión entre los gobiernos que administran los recursos naturales en beneficio propio, de las empresas transnacionales o de un grupo de poder determinado. Tampoco resulta muy claro quién es el titular del derecho a disponer libremente de los recursos naturales: la población o los pueblos indígenas que habitan dentro de un Estado.

Este entrecruzamiento de atribución de derechos de soberanía sobre los recursos naturales a distintos sujetos, donde el único que posee soberanía es el Estado y los pueblos tienen que sujetarse al cumplimiento o no de la obligación estatal de disponer los recursos naturales en su beneficio, produce tensiones de orden práctico también cuando los Estados conceden la explotación de los recursos naturales que se encuentran en territorios de los pueblos

15. D. Cambou, *Indigenous peoples right to self-determination and the principle of state sovereignty, over natural resources: A human rights approach and its constructive ambiguity*, in D Newman (ed), *Edward Elgar Research Handbook on the International Law of Indigenous Rights: Research Handbooks in International Law series*, Cheltenham, p. 9 et seq., disponible en <https://doi.org/10.4337/9781788115797>.

indígenas, sin haberles consultado o, en caso de haberlo hecho, esa consulta no es vinculante.¹⁶

3. EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL PSRN

Si los Pactos de Derechos Humanos de 1966 reconocieron el derecho a la libre determinación de los pueblos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas de 2007 (DNUDPI), reconoce este derecho a los pueblos indígenas de una manera similar a los Pactos de DDHH¹⁷; es decir la facultad de estos pueblos de determinar libremente su condición política y procurar libremente su desarrollo económico, social y cultural. En el mismo sentido lo hace la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI).¹⁸

Los instrumentos internacionales señalados no precisan que es un pueblo. La DADPI señala como criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración, la auto-identificación como pueblos indígenas, la cual puede ser individual o colectiva. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), indistintamente se refiere a “grupos étnicos” como en el caso Yanomami. Caso n. 7615. Resolución n. 12/85, en el que aplica

16. Según la ONG “IWGIA” el 21% del territorio peruano está ocupado por concesiones mineras, que se superponen en el 47.8% del territorio de las comunidades campesinas. De manera similar, el 75% de la Amazonía peruana está cubierta por concesiones de petróleo y gas, disponible en <https://www.iwgia.org/es/peru.html>.

17. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), aprobada por la AG de la ONU, en la 107 a sesión plenaria, por resolución 61/295 del 13 de setiembre de 2007, art. 3.

18. Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas AG/RES. 2888 (DADPI), de 14 de junio de 2016.

el art. 27 del PIDCP, considerando a los indígenas como minoría étnica¹⁹ y no como pueblo, reafirmando el derecho a la protección especial de las minorías que es diferente al principio de libre determinación. En su Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, la Comisión distingue el derecho a la protección especial de las minorías del principio de libre determinación, considerando a los indígenas miskito como minoría.²⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) también utiliza indistintamente el término pueblo comunidad o pueblos como en los casos *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*; *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*; *Comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay*; *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*; *Caso de las comunidades indígenas Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*.

19. La CIDH señala en el Considerando 7 de su Resolución que: "el derecho internacional reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural".

20. La CIDH en su análisis del caso, segunda parte. Punto B.9 refiere: "Es cierto que el Derecho Internacional moderno reconoce la vigencia del principio de la libre determinación de los pueblos, al cual considera como el derecho de un pueblo a escoger independientemente su forma de organización política y a establecer libremente las modalidades que estime convenientes para alcanzar su desarrollo económico, social y cultural. Pero ello no significa que se reconozca a ningún grupo étnico, por el hecho de ser tal, el derecho a la libre determinación". Esto se reafirma en su Conclusión No 1. Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, OEA/Ser.L/V/II.62 doc. 10 rev. 3, de 29 noviembre 1983, disponible en <https://cidh.oas.org/countryrep/Miskitosesp/Indexe.htm>.

En relación al principio de libre determinación, la CIDH en su Informe relativo a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales²¹ aborda el concepto de determinación desde dos perspectivas: la perspectiva y cosmovisión de los pueblos indígenas y tribales y la normativa o del derecho internacional. La primera es sustentada por representantes de los pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina quienes sostienen que la libre determinación es preexistente a la aparición de los Estados, que proviene de su derecho propio y que no se limita solo por un documento escrito, sino por la palabra, códigos, símbolos que significan otra forma de ser y de pensar el mundo.

En síntesis, la libre determinación indígena se concibe como un haz de relaciones sociales y de interrelaciones con la tierra, la naturaleza que fortalecen su espiritualidad y cultura. La relación directa entre la libre determinación y los derechos sobre la tierra y los recursos naturales ha sido reconocida por la CIDH en el Informe de 2009 sobre "Derechos de los Pueblos indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales."²²

El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales se fundamenta en la Declaración Americana y de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas y en otros documentos del SIDH, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH) y la Convención Americana de Derechos

21. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, OEA/Ser.L/V/II Doc.413/21, de 28 de diciembre de 2021, p. 31 et seq, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>.

22. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, cit., p. 39 et seq.

Humanos (CADH). Asimismo, importantes elementos constitutivos de este derecho se reflejan en otros tratados internacionales, como el Convenio 169 de la OIT y en la doctrina y jurisprudencia de la CorteIDH. El reconocimiento del derecho a la libre determinación no alienta la secesión. En este sentido el art. IV de la DADPI claramente señala que esta disposición no debe interpretarse como que "autoriza o alienta acción alguna encaminada o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes". Por lo tanto, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas es interno, se ejerce en el Estado en que habitan sin atentar la integridad territorial.

La CADH establece dos obligaciones internacionales a los Estados partes, las cuales son aplicables a las personas indígenas. La primera, según el art. 1.1., consiste en respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos reconocidos en ella, a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción sin discriminación de ningún tipo. La segunda obligación es el deber de adoptar disposiciones de derecho interno como medidas legislativas, administrativas o de otro carácter para garantizar y hacer efectivo el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas reconocido en la DADPI (Art. III) y los derechos colectivos que lo conforman (Art. VI), como el derecho a la autonomía o autogobierno (Art. XXI); a la jurisdicción indígena y la aplicación de su derecho (Art. XXII); el derecho a la consulta previa libre e informada (Art. XXIII); el derecho a la tierra, territorios y recursos (Art. XXIV). Estas obligaciones se fundamentan también en los principios de la Carta de la Organización de Estados Americanos

(OEA). Uno de estos principios que proclama en el Preámbulo y en el texto de la Carta es el respeto los derechos fundamentales de la persona humana dentro del marco de las instituciones democráticas para consolidar “un régimen de libertad y de justicia social”²³ sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.²⁴ Asimismo los miembros se comprometen a cooperar con el fin de que sus pueblos alcancen el desarrollo integral que abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico.²⁵ A pesar de que el Sistema Interamericano de DDHH no ha definido el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas; La CADH y la CortelDH han desarrollado estándares respecto a algunos derechos que consideran elementos del principio. Para el efecto de establecer la relación entre el principio de libre determinación de los pueblos indígenas con el de la soberanía sobre los recursos naturales me referiré solo a los derechos colectivos a la autoidentificación y reconocimiento de los pueblos indígenas y tribales; el derecho a la identidad cultural y no discriminación; el derecho a la consulta previa libre e informada y el derecho a sus tierras y recursos naturales.

El derecho a la autoidentificación según la CIDH es el principal criterio para el reconocimiento de un grupo humano como pueblo. Está refrendado en la Declaración de la ONU (Art. 33.1) y de la OEA (Art. 1.2) sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y en el Convenio 169 de la OIT (Art. 1.2). Esto implica no condicionar el ejercicio de

23. Organización de los Estados Americanos (OEA), *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, de 30 de abril de 1948, para. 4 et seq, disponible en <https://www.cidh.oas.org/basicos/carta.htm>.

24. OEA, *Carta de la OEA*, cit., Art. 3.1.

25. OEA, *Carta de la OEA*, cit., art. 30.

derechos a su reconocimiento, registro o inclusión en una base de datos,²⁶ ni tampoco exigir demasiado formalismo para otorgar la personalidad jurídica a un pueblo, pues obstaculiza el ejercicio de su derecho a la propiedad colectiva y el acceso a los recursos naturales. El reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas es un acto declarativo y no constitutivo. En el caso del pueblo *Saramaka vs. Paraguay*, La CortelDH manifestó que el pueblo Saramaka se encontraba “en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecen de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos”.²⁷ En consecuencia, el Estado de Paraguay, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales de garantizar mediante medidas efectivas el derecho a la libre determinación, estaba en la obligación de adoptar las medidas adecuadas para el reconocimiento de su personalidad jurídica mediante consultas con el pueblo de Saramaka con el objeto de que puedan gozar de su territorio y de la propiedad comunal.

La CortelDH, respecto al derecho a la identidad cultural, ha sostenido que uno de los componentes más importantes que determinan la identidad de los pueblos indígenas es su estrecha relación con el territorio ancestral y los recursos que en él se encuentran, “no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia,

26. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, cit., para 95.

27. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, juzgado en 28 de noviembre de 2007, para. 174.

sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.²⁸ Además, esa estrecha relación con el territorio y los recursos naturales debe incluir todos los elementos incorporeales que se desprenden de ellos y ser protegidos por el art. 21 de la CADH. Es decir que el territorio y los recursos naturales constituyen una condición fundamental para que los pueblos indígenas ejerzan su derecho a la libre determinación. Para los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial, un principio para ejercer su derecho a la libre determinación es el respeto y garantía del derecho al no contacto; no obstante, en la práctica, los pueblos indígenas de los países andinos siguen sufriendo políticas de discriminación estructural al haber perdido parte de sus territorios, sus tierras y la negación del acceso a los recursos naturales. La CIDH reafirma que los Estados deben eliminar toda forma de discriminación e intolerancia para respetar la diversidad étnica y cultural; lo cual contribuye al fortalecimiento de la democracia y a la participación ciudadana.²⁹

3.1. El derecho a la propiedad colectiva, tierras, territorios y recursos naturales

El derecho a la propiedad colectiva ha sido desarrollado por la CorteIDH a partir de la interpretación evolutiva de la CADH y en aplicación del art. 29. En el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo)*

28. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, juzgado en 17 de junio de 2005, paras. 135 y 137.

29. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, cit., para. 120.

Awas Tingni vs. Nicaragua, la CortelDH manifestó que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”³⁰ y que la posesión de la tierra debería ser suficiente para que las comunidades obtengan su título de propiedad y el registro que corresponda.³¹

El territorio que es la base territorial indispensable para el ejercicio del derecho a la libre determinación es concebido por los pueblos indígenas como herencia ancestral. Así ha sido reconocido también en los instrumentos de Derecho Internacional y en la jurisprudencia de la Corte IDH.

El Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho de los pueblos a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan³² y el derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras, los cuales, a su vez comprenden el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.³³ Establece también el derecho a la consulta previa en caso de que el Estado pretenda conceder la explotación de recursos que se encuentren en territorios de los pueblos. En relación a la Declaración de la

30. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, juzgado en 31 de agosto de 2001, para. 148. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, juzgado en 15 de junio de 2005, p. 131.

31. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, cit., p. 151.

32. Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, C169, de 27 junio 1989, arts. 13 et seq.

33. OIT, *Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, cit., art. 15.

ONU³⁴ y la Declaración de la OEA sobre Pueblos Indígenas, ³⁵de manera similar regulan el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva, reafirman su relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos.

La Corte ha sostenido que el artículo 21 de la CADH protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Las formas de relacionarse con la tierra pueden estar constituidos a través de lazos espirituales o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos, actividades como la caza, pesca o recolección estacional o nómada, uso de recursos naturales ligados a sus costumbres,³⁶ etc.

Un componente esencial de la autonomía indígena política y económica es el control de territorios ancestrales y los recursos naturales que en ellos se encuentran. La implementación de estos derechos son la garantía para su subsistencia, identidad cultural y bienestar espiritual. La pérdida de sus territorios y tierras ancestrales amenaza su subsistencia como sujeto colectivo.³⁷

En resumen, los derechos territoriales de los pueblos indígenas son un derecho preexistente, ya consagrado por la posesión y el derecho consuetudinario indígena que no necesita del recono-

34. DNU DPI, *cit.*, art. 26.

35. DADPI, *cit.*, art. XXV.

36. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*, juzgado en 27 de junio de 2012, paras. 145-148.

37. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, *cit.*, para.131.

cimiento del Estado; solo de titulación. En cuanto a tierra y a los recursos naturales que se encuentran en estos territorios existe un derecho de administración y control de parte de los pueblos indígenas que viene a ser el fundamento del derecho a la libre determinación. Es evidente el nexo entre el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y el derecho a la administración y control de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios que vienen poseyendo ancestralmente.

Las Declaraciones de la ONU y de la OEA sobre Derechos de los Pueblos Indígenas han impactado en los pueblos indígenas de la Amazonia peruana, impulsándolos a conformar gobiernos autónomos que proclaman su derecho a la libre determinación, al territorio, a la tierra y a los recursos. Los casos de la proclamación del Gobierno Territorial Autónomo de la Nación Wampis,³⁸ de la Nación Awajun,³⁹ de la Nación Shipiba,⁴⁰ son un ejemplo de ello.

Una garantía para la protección de los recursos naturales, ubicados en territorios indígenas, es el derecho a la consulta previa y consentimiento libre e informado y de buena fe respecto a medidas de cualquier naturaleza que puedan afectarles. Los estándares de este derecho han sido establecidos por el trabajo de la CIDH y de la CortelDH, teniendo como fundamento la interpretación del art. 21 de la CADH y el art. XXIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos.

38. Estatuto del Gobierno de la Nación Wampis, disponible en <https://nacionwampis.com/>.

39. Gobierno Territorial Autónomo Awajún, disponible en <https://gtaawajun.org.pe/>.

40. Consejo Shipibo- Conibo, disponible en <https://www.facebook.com/coshikox.coshikox.1>.

La CIDH reafirma el deber de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, la consulta y consentimiento realizadas por los propios pueblos indígenas en el ejercicio de su libre determinación.⁴¹ La Comisión destaca que los Estados no deben justificarse en la "utilidad pública" o el "interés social" para favorecer al sector privado en contra del bienestar de los pueblos indígenas. Asimismo, ha precisado que la dimensión sustantiva de este derecho es el consentimiento de los pueblos indígenas como expresión de su derecho a la libre determinación.⁴² Cualquier decisión de los Estados que pueda afectar el bienestar y la salud de los pueblos indígenas; en particular si se trata de proyectos de desarrollo a gran escala, desplazamientos forzosos, actividades militares, debe ser evaluado por los propios interesados y obtener el consentimiento antes de tomar cualquier decisión.

CONSIDERACIONES FINALES

El estudio demuestra que efectivamente el PSRN se ha desplazado de un enfoque estatal hacia un enfoque de derechos humanos, donde la población y los pueblos tienen derecho a que el uso de los recursos naturales se haga en su beneficio y para su bienestar. Por extensión los pueblos indígenas también tienen este derecho. El desarrollo del DIDH ha permitido reconocer a los pueblos indígenas el derecho a la libre determinación, que tiene un nexo con el PSRN, pues para ejercer su autonomía política

41. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, cit., para. 180.

42. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, cit., paras. 181-187.

necesitan de los territorios que ocupan desde tiempos ancestrales, de las tierras y de los demás recursos naturales que se encuentran en esos territorios; sin embargo los Estados se resisten a garantizar los derechos colectivos indígenas mediante prácticas y políticas discriminatorias como el no acceso a la titulación de sus territorios, la concesión de la explotación de los recursos petroleros, mineros, forestales, etc. que se encuentran en territorios indígenas, sin ejercer el derecho a la consulta previa, libre e informada.

A diferencia de la población no indígena, el incumplimiento de las obligaciones estatales de los deberes que incluye el PSRN para con los pueblos indígenas como base del principio de libre determinación, constituye una privación de los medios de subsistencia y la negación de todos sus demás derechos humanos.

A pesar de que la Declaración de las Naciones Unidas y la Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas ha impulsado la tendencia hacia el reconocimiento de los derechos colectivos a los territorios, a la tierra y a los recursos naturales; no obstante, no reconoce directamente el PSRN como un derecho de estos pueblos. En la práctica algunos pueblos indígenas como los wampis, los awajún que viven en la Amazonia peruana están proclamando su derecho a la libre determinación y aunque han declarado el respeto a la integridad territorial existe el riesgo de la secesión si el Estado continua sin respetar sus derechos a los recursos naturales.

REFERENCIAS

A. Castro, *Hay 62 conflictos sociales en la Amazonia mientras actividades extractivas aumentan*, in *Ojo Público*, 2023, disponible en <https://ojo-publico>.

com/ambiente/territorio-amazonas/hay-62-conflictos-amazonicos-mientras-actividades-extractivas-crecen.

A. Gómez Robledo Verdusco, *Significación Jurídica del Principio de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales*, in *Temas Selectos de Derecho Internacional*, p. 505, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/831/22.pdf>.

A. Shawkat, A. Al Faruque, *From Sovereignty to Self-Determination: Emergence of Collective Rights of Indigenous Peoples in Natural Resources Management*, in *The Georgetown Environmental Law Review*, vol. 32, n.1, 2019.

AG. Res. 1803 (XVII) de la Asamblea General de la ONU, del 14 de diciembre de 1962.

Asamblea General de la ONU, Resolución 3281 (XXIX) del 12 de diciembre de 1974.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, OEA/Ser.L/V/II Doc.413/21, de 28 de diciembre de 2021, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>.

Consejo Shipibo- Conibo, disponible en <https://www.facebook.com/coshikox.coshikox.1>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, juzgado en 31 de agosto de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*, juzgado en 27 de junio de 2012, paras. 145-148.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, juzgado en 28 de noviembre de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, juzgado en 17 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, juzgado en 15 de junio de 2005.

D. Cambou, *Indigenous peoples right to self-determination and the principle of state sovereignty, over natural resources: A human rights approach and its constructive ambiguity*, in D Newman (ed), *Edward Elgar Research Handbook on the International Law of Indigenous Rights: Research Handbooks in International Law series*, Cheltenham, disponible en <https://doi.org/10.4337/9781788115797>.

Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas AG/RES. 2888 (DADPI), de 14 de junio de 2016.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), aprobada por la AG de la ONU, en la 107ª sesión plenaria, por resolución 61/295, del 13 de setiembre de 2007.

Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, disponible en <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/352/86/pdf/nr035286.pdf?token=E1XU5ykbkXtLf7wYsy&fe=true>.

Estatuto del Gobierno de la Nación Wampis, disponible en <https://nacionwampis.com/>.

F. Sánchez-Apellaniz, *La Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales: Orígenes y Contenidos*, ponencia presentada a las V. Jornadas de Profesores españoles de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Sevilla, 1980, disponible en https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/20977/1/ADL_V1_1979-80-81_01.pdf.

Gobierno Territorial Autónomo Awajún, disponible en <https://gtaawajun.org.pe/>.

Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, OEA/Ser.L/V/II.62 doc. 10 rev. 3, de 29 noviembre 1983, disponible en <https://cidh.oas.org/countryrep/Miskitosesp/Indice.htm>.

International Court of Justice, *Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 2005.

N. Schrijver, *Self-determination of peoples and sovereignty over natural wealth and resources*, disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Development/RTDBook/PartIIChapter5.pdf>.

N. Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*, in *Cambridge University Press*, 1997, version 2008, disponible en www.cambridge.org.

Organización de los Estados Americanos (OEA), *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, de 30 de abril de 1948, disponible en <https://www.cidh.oas.org/basicos/carta.htm>.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, C169, de 27 junio 1989.

Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 24 de octubre de 1970.

Received on 21/04/2024

Approved on 29/05/2024



ARTICLES

PROJECT ARCHETYPES OF THE EUROPEAN RESEARCH AREA:

exploring the occasional engagement patterns of the european southern neighbourhood¹

Zane Šime²

ABSTRACT: This paper examines the project-based pattern of European Southern Neighbourhood engagement in the European Research Area. Thereby, this study informs about the role of the European Research Area in advancing EU objectives and ambitions in the enduringly salient European Neighbourhood Policy context. The research question that drives this study is: What project archetypes' pattern denotes the European Southern Neighbourhood's participation in the pan-European space intended to facilitate the free flow of talent and ideas? The guiding hypothesis anticipates that the prevailing archetype corresponds to an encounter lasting for one project, and prolonged engagement throughout several consecutive projects is a rarity. This enquiry into the relationality weaved by research collaboration formulates four archetypes. The main empirical material employed to model and study the four archetypes is semi-structured interviews with Europe-based project managers. Insights offered by the leading figures of projects funded by Framework Programme 7 and Horizon 2020 reveal how multilateral research-driven ties contribute to post-Westphalian external action aspirations. Devised analytic narratives attest to the performances of the EU science diplomacy, for example, in the form of technoscientific gifts as well as sharing and jointly developing kn/own/ables. Expert experiences of co-developing research-intensive solutions with Morocco- and Tunisia-based colleagues to address the most pressing challenges faced by the EU and its Southern neighbours are resourceful. They offer new insights into the patterned routines that support the implementation of such supra-nationally steered governance frameworks as the European Research Area, including its external action and science diplomacy dimensions.

1. Z. Šime, *Project Archetypes of the European Research Area: Exploring the Occasional Engagement Patterns of the European Southern Neighbourhood*, in *Latin American Journal of European Studies*, v. 4, n. 1, 2024, p. 210 et seq.
2. Affiliated Researcher at the Norwegian University of Science and Technology (NTNU). She focuses on the European Union's (EU) science diplomacy towards the Southern Neighbourhood.

Almost half of the studied projects correspond to the archetype with one EU-funded project interaction. This confirms the rather sporadic or ad hoc relational ties of the European Southern Neighbourhood to the European Research Area, facilitated by various Europe-based competence centres.

KEYWORDS: Relational turn; European Southern Neighbourhood; European Research Area.

ARQUETIPOS DE PROYECTOS DEL ESPACIO EUROPEO DE INVESTIGACIÓN: EXPLORACIÓN DEL DIBUJO DE COMPROMISO OCASIONAL DE LA VECINDAD MERIDIONAL EUROPEA

RESUMEN: Este documento examina el modelo de participación de la política europea de vecindad en proyectos del Espacio Europeo de Investigación. De este modo, el estudio aporta información sobre el papel que desempeña el Espacio Europeo de Investigación en la consecución de los objetivos y ambiciones de la UE en el contexto de la política europea de vecindad. La pregunta de investigación que impulsa este estudio es ¿Qué patrón de arquetipos de proyectos denota la participación de la vecindad meridional de la Unión en el espacio paneuropeo destinado a facilitar la libre circulación de talento e ideas? La hipótesis guía anticipa que el arquetipo predominante corresponde a un encuentro que dura un proyecto, y que el compromiso prolongado a lo largo de varios proyectos consecutivos es una rareza. Esta indagación sobre la relacionalidad tejida por la colaboración en la investigación formula cuatro arquetipos. El principal material empírico empleado para modelar y estudiar los cuatro arquetipos son entrevistas semiestructuradas con directores de proyectos radicados en Europa. Las percepciones ofrecidas por los protagonistas de los proyectos financiados por el Séptimo Programa Marco y Horizonte 2020 revelan cómo los vínculos multilaterales impulsados por la investigación contribuyen a las aspiraciones de acción exterior postwestfalianas. Las narrativas analíticas elaboradas demuestran las actuaciones de la diplomacia científica de la UE, por ejemplo, en forma de regalos tecnocientíficos, así como compartiendo y desarrollando conjuntamente 'knowables' (conocimientos/propiedades/habilidades). Las experiencias de los expertos en el desarrollo conjunto de soluciones de investigación intensiva con colegas de Marruecos y Túnez para abordar los retos más acuciantes a los que se enfrentan la UE y sus vecinos meridionales son muy útiles. Ofrecen nuevas perspectivas sobre las rutinas pautadas que sustentan la aplicación de marcos de gobernanza supranacionales como el Espacio Europeo de Investigación, incluidas sus dimensiones de acción exterior y diplomacia científica. Casi la mitad de los proyectos

estudiados corresponden al arquetipo con una interacción de proyectos financiados por la UE. Esto confirma los vínculos relacionales más bien esporádicos o ad hoc de la vecindad meridional de la Unión con el Espacio Europeo de Investigación, facilitados por diversos centros de competencia con sede en Europa.

PALABRAS CLAVE: Giro relacional; Vecindad Meridional Europea; Espacio Europeo de Investigación.

SUMMARY: Introduction; 1. Theoretical Considerations; 1.1. Relationality in Practice Theory; 1.2. Known/ables and technoscientific gifts; 1.3. Archetypes; 2. Methods; 3. Results; 3.1. Overview of Archetypes; 3.2. Archetype 1: Single Cooperation Project; 3.3. Archetype 2: Two Joint Projects; 3.4. Archetype 3: Two Joint Projects and Complementary Activities; 3.5. Archetype 4: Long-term Collegial Encounters; 3.6. Triangulation; 4. Discussion; Final Considerations; References.

INTRODUCTION

More than two decades after the launch of the European Research Area (ERA), there remains a lot more to discover about the multifaceted and formidable value of this supranationally steered governance framework. Moreover, taking into consideration some recent advances in promoting EU external relations studies, the ERA remains a compelling object of study to obtain a more in-depth understanding of the diverse post-Westphalian modalities that characterise EU engagement with the rest of the world. This paper contributes to the fast-growing literature on various dimensions of the EU international standing founded on academic pursuits across a broader realm of EU studies and diplomacy domains.³

3. For example, P.J. Cardwell, E. Moret, *The EU, sanctions and regional leadership*, in *European Security*, vol. 32, no. 1, 2023, p. 1 et seq, available at <https://doi.org/10.1080/09662839.2022.2085997>; F.B. Çelik, *The EU's different faces in climate diplomacy: leadership, interests, and responsibilities*, in *Journal of European Integration*, vol. 44, no. 8, 2022, p. 1019 et seq, available at <https://doi.org/10.1080/07036337.2022.2068538>; A. Dür, M. Gastinger, *Spinning a global web of EU external relations: how the EU establishes stronger joint bodies where they matter most*, in *Journal of European Public Policy*, vol.

The latest thinking on the role of science diplomacy brings new considerations about the foreign policy aspects of science-driven international encounters. Science diplomacy offers more nuanced insights into general themes brushed over within the framework of public diplomacy.⁴ Recognising the persistent saliency of the European Neighbourhood Policy (ENP), this paper puts under a scholarly microscope the European Southern Neighbourhood (ESN) to offer more nuanced insights into the pertinence of the study of the ERA as a major enabler to advance EU aims and aspirations outside its borders.

The literature on the ESN constant flare-ups of one or another geopolitical and socio-economic issue fuels multiple calls for more resilience-building within the EU vis-à-vis the challenges brought to the Union from the neighbourhood.⁵ The area is described as

30, no. 6, 2023, p. 1072 *et seq.*, available at <https://doi.org/10.1080/13501763.2022.2079708>; F. Mattheis, C.F. Diaz, *Maritime strategies in the European Union for the Indo-Pacific - what role for Africa?*, in *Strategic Review for Southern Africa*, vol. 44, no. 2, 2022, p. 46 *et seq.*, available at https://upjournals.up.ac.za/index.php/strategic_review/article/view/4419; Y. Richard, G. Van Hamme, *L'Union européenne, un acteur des relations internationales: Étude géographique de l'actorness européenne*, in *L'Espace géographique*, vol. 42, no. 1, 2013, p. 15 *et seq.*, available at <https://doi.org/10.3917/eg.421.0015>.

4. G.R. Berridge, *Diplomacy: Theory and Practice*, Cham: Palgrave Macmillan, 2022, available at https://doi.org/10.1007/978-3-030-85931-2_1; K. Ito, M. Rentetzi, *The co-production of nuclear science and diplomacy: towards a transnational understanding of nuclear things*, in *History and Technology*, vol. 37, no. 1, 2021, p. 4 *et seq.*, available at <https://doi.org/10.1080/07341512.2021.1905462>; M. Ratajczak, N. Broś, *Humanitarian Diplomacy: The Case of Switzerland and Sweden*, in *Politeja*, vol. 20, no. 1(82), 2023, p. 143 *et seq.*, available at <https://doi.org/10.12797/Politeja.20.2023.82.08>; Z. Šime, *Educational Diplomacy and Latvia: Broadening the Scope of Diplomatic Studies with a Focus on Asia*, in *AEI-Insights: An International Journal of Asia-Europe Relations*, vol. 9, no. 1, 2023a, p. 6 *et seq.*, available at <https://ejournal.um.edu.my/index.php/AEIINSIGHTS/article/view/47967>.
5. Z. Šime, *The EU and Its Southern Neighborhood Policy: Resilience in the Era of Science Diplomacy*, in *Nordicum-Mediterraneum*, vol. 18, no. 1, 2023c, p. 1 *et seq.*, available at <https://nome.unak.is/wordpress/volume-18-no-1-2023/>

being in a state of “constant ‘bureaucratic reanimation,’” largely defined by tailored and conditionality-driven ENP programming documents with considerably asymmetrical power properties.⁶ Furthermore, these volatilities spark within the EU recommendations to build capacity across the neighbourhood to improve its ability to address various risks.⁷ To go beyond these general observations, this paper addresses Morocco and Tunisia. Both are relatively similar ESN states with long-lasting, close, and diverse collaborative ties with the EU combined with intense exchanges and flows of human, capital, and ideas.⁸ This country choice allows for more fine-grained empirical insights about the relational patterns that characterise the ESN’s involvement in the ERA. The country choice

article-double-blind-peer-review-volume-18-no-1-2023/the-eu-and-its-southern-neighborhood-policy-resilience-in-the-era-of-science-diplomacy/.

6. S. Eylemer, S., N. Söylemez, *Policy Versus Praxis: Has the European Union Failed to Respond to the Refugee Crisis?*, in *World Affairs*, vol. 183, no. 4, 2020, p. 319, available at <https://doi.org/10.1177/0043820020966832>; J. Jean-desboz, P. Pallister-Wilkins, *Crisis, Routine, Consolidation: The Politics of the Mediterranean Migration Crisis*, in *Mediterranean Politics*, vol. 21, no. 2, 2016, p. 317, available at <https://doi.org/10.1080/13629395.2016.1145825>; J.J. Jäntti, B. Klasche, ‘*Losing Leverage*’ in the Neighbourhood: A Cognitive Frame Analysis of the European Union Migration Policy, in *International Studies*, vol. 58, no. 3, 2021, p. 317, available at <https://doi.org/10.1177/00208817211030643>.
7. M. Ratajczak, N. Broś, *Humanitarian Diplomacy*, cit., p. 157.
8. M.-C. Blanc-Chaléard, M.-C., *Transnationalism and Migration in the Colonial and Postcolonial Context: Emigrants from the Souf Area (Algeria) to Nanterre (France) (1950-2000)*, in N.L. Green, R. Waldinger (orgs.), *A Century of Transnationalism: Immigrants and Their Homeland Connections*, University of Illinois Press, 2016, p. 253 et seq, available at <https://doi.org/10.5406/illinois/9780252040443.003.0010>; N. Bremberg, S. Borg, *Ambiguous power? A relational approach to how the EU exercises power in Morocco and Tunisia*, in *Journal of International Relations and Development*, vol. 24, 2021, p. 135, available at <https://doi.org/10.1057/s41268-020-00185-w>; T. Weber, C. Van Mol, *The student migration transition: an empirical investigation into the nexus between development and international student migration*, in *Comparative Migration Studies*, vol. 11, no. 5, 2023, p. 15 et seq. <https://doi.org/10.1186/s40878-023-00329-0>.

is made with full consideration that both EU neighbours display a comparatively outstanding cooperation portfolio with the EU. This considerably advanced level of engagement, in some respects, sets them apart from the other eight ESN countries. Several other ESN countries are more severely affected by armed conflicts and other aggravating effects that stand in the way of implementing the full spectrum of good governance routines.

This paper answers the following research question: What project archetypes' pattern characterises the involvement of the ESN in the ERA? Consequently, this paper answers the extended enquiry into the relational patterns that characterise the ESN weaving into the ERA steering and implementation structures through EU FPs-funded projects. The paper tests the following hypothesis: The project archetypes that facilitate the involvement of the ESN in the ERA largely rely on one-off EU FPs-funded project-based encounters, not an extended sequence of projects and other collaborative engagement modalities. To test this hypothesis, this paper formulates four project archetypes as four modalities of collaborative experience that involve ESN-based entities in the ERA. The main source for exploring which of the four archetypes is the most representative is the project preparation, implementation, and follow-up insights offered by 19 experienced Europe-based project managers.

The first part of the paper sets out the theoretical dispositions of practice theory, with a focus on the relational turn in the context of EU external action studies. Furthermore, the theoretical part introduces the archetypes as a conducive element to studying

in greater depth the framework field and subfields' collaborative patterns connecting Europe-based project managers with the ESN-based consortiums' members. To add a new dimension to this continuous enquiry into the external action and diplomatic value of EU-funded research-intensive and challenge-driven collaborative research, this paper incorporates the latest scholarly thinking on the 'relational turn' in international relations and archetypes mostly applied in sustainability studies. The focus on relationality helps to add a new layer to the practice-theory-guided considerations about the interactions occurring within the ERA framework field. Whereas project archetypes provide a more structured model pattern to distil the modes of collaborative engagements that incorporate the ESN in the overall ERA implementation arrangements. The second part explains methodological considerations tied to the pronounced relationality standpoint to model and study a set of archetypes. The elaboration on the main findings informs about the main archetype patterns represented among the 19 studied projects and what those tell about the continuity of ad hoc-ism in collaborative encounters supporting the ERA routine implementation. The discussion part pinpoints some blind spots where further scholarly enquiry would help to build a more comprehensive understanding of the value of studying archetypes in EU external action studies and supra-national governance. The concluding part summarises the main findings in the broader context of international relations.

1. THEORETICAL CONSIDERATIONS

1.1. Relationality in practice theory

Bourdieu has brought a wealth of inspiration to contemporary thinkers in international relations.⁹ This paper taps into this ever-growing contemporary repository of thinking by paying specific attention to the latest scholarly elaboration on relationality. The 'relational turn' brings to the study of supranational field dynamics some new thinking on the way agents immerse themselves in the densely weaved and dynamic field of interactions. In such a manner, this paper appraises the contribution made by each of the international relations 'turns' to the overall, more than a century-old debate founded in Aberystwyth.¹⁰ Acknowledgement that the 'relational one' is only one of the recent 'turns' stresses the alertness of the paper's author to (rather than distancing away from) the dynamism of scholarly thought.

The 'relational turn' is associated with deep relationalism and its scrupulous attention paid to "with whom" one "thinks relationally with and which relations are centred".¹¹ The 'relational turn' and

9. T. Meszaros, *The French Tradition of Sociology of International Relations: An Overview*, in *The American Sociologist*, vol. 48, 2017, p. 334, available at <https://doi.org/10.1007/s12108-017-9339-z>; A. Vion, F. Dudouet, *Penser l'impérialisme à partir de la théorie des champs*, in *Cultures & Conflits*, no. 119-120, 2020, p. 18, available at <https://doi.org/10.4000/conflits.22068>.

10. O. Corry, *What's the point of being a discipline? Four disciplinary strategies and the future of International Relations*, in *Cooperation and Conflict*, vol. 57, no. 3, 2022, p. 299 et seq, available at <https://doi.org/10.1177/00108367221098492>; D.M. McCourt, *The Inquiry and the Birth of International Relations, 1917-19*, in *Australian Journal of Politics & History*, vol. 63, 2017, p. 394, available at <https://doi.org/10.1111/ajph.12376>; T. Meszaros, *The French Tradition of Sociology of International Relations*, cit., p. 298 et seq.

11. B. Klasche, P. Poopuu, *What Relations Matter?*, in *International Studies Quarterly*, vol. 67, no. 1, art. sqad010, 2023, p. 2, available at <https://doi.org/10.1093/>

processual relational thinking resonate so well with the study of EU supranational constructs because relations are viewed as dynamic processes, not static or fixed items.¹² Moreover, scholars of relational turn have an interest in the regionalisation of the world order that corresponds to the study of the ESN as an area covered by the EU extended ties and power projection for the mutual benefit of resilience-building, stability, and sustainable development.¹³

The latest interest in relationality brings more fluidity to the study of capital transactions and conversions. Capital remains a somewhat ambiguous term in practice theory parlance. This paper does not take up the herculean task of defining its typology. Instead, this paper recognises that there are various capital attributes that can be transformed from one into another through interactions among agents. These transactions and conversions are tailored to the needs, future plans, and pursuits of each agent. As recent scholarly estimates in some technical domains attest, these relational ties can span across several scientific disciplines.¹⁴ The relations with the other existing and future cooperation partners are instrumental in estimating and validating the worth of a capital in the selected

isq/sqad010.

12. B. Klasche, *The role of ideations in de-problematizing migration crises (and other wicked problems)*, in *Frontiers in Political Science*, vol. 5, no. 1134457, 2023, p. 03, available at <https://doi.org/10.3389/fpos.2023.1134457>; P. Selg, B. Klasche, J. Nõgisto, *Wicked problems and sociology: building a missing bridge through processual relationalism*, in *International Review of Sociology*, 2022, available at <https://doi.org/10.1080/03906701.2022.2035909>.
13. T. McDonald, B. Klasche, B., M. Juutinen, G. Barbieri, G. Rached, *Globalisation by Other Means? Hegemonic Continuance and Rising Powers – A Framework of Analysis*, in *East-West Studies*, vol. 12, 2022, p. 16 et seq, available at <http://publications.tlu.ee/index.php/eastwest/article/view/1120>.
14. M. Rentetzi, *A Comment on Nuclear Safety and Radiation Protection from a Historian of Science*, in *Cancer Studies and Therapeutics*, vol. 6, no. 2, 2021, p. 2, available at <https://doi.org/10.31038/CST.2021614>.

dimension, for example, technical expertise, unique geographical location, or another nuance of special value to the joint planning of upcoming consultations and activities.

1.2. Kn/own/ables and technoscientific gifts

The relational turn, combined with the logic captured in 'kn/own/ables' and 'technoscientific gifts', assists in arguing that no capital exists in the vacuum. 'Kn/own/ables' refers to the mutual conditioning captured by the production and use of knowledge.¹⁵ 'Kn/own/ables' stress the acknowledgement expressed in other compartments of science and technology studies that research is a social process and knowledge exists as an embodied expertise, not alienated from its developers, users, or audiences to which it is shown and communicated.¹⁶ 'Technoscientific gift' refers to the materialisation of the interplay between technoscientific knowledge and international affairs.¹⁷ It is a term associated with science diplo-

-
15. D. Schäfer, D., A. Mamidipudi, *Ownership of knowledge: Introduction*, in D. Schäfer, A. Mamidipudi, M. Buning (orgs.), *Ownership of Knowledge: Beyond Intellectual Property*, Cambridge, Massachusetts, London, England: The MIT Press, 2023, p. 4, available at <https://doi.org/10.7551/mitpress/14648.003.0004>.
 16. J. Jeandesboz, *European border policing: EUROSUR, knowledge, calculation*, in *Global Crime*, vol. 18, no. 3, 2017, p. 261, available at <https://doi.org/10.1080/17440572.2017.1347043>; A. Mamidipudi, D. Schäfer, *Excavations of Knowledge Ownership: Theoretical Chapter*, in D. Schäfer, A. Mamidipudi, M. Buning (orgs.), *Ownership of Knowledge: Beyond Intellectual Property*, Cambridge, Massachusetts, London, England: The MIT Press, 2023, p. 16, available at <https://doi.org/10.7551/mitpress/14648.003.0005>; M. Rentetzi, *The Global Experiment: How the International Atomic Energy Agency Proved Dosimetry to Be a Techno-Diplomatic Issue*, in *NTM Journal of the History of Science, Technology and Medicine*, 30, 2022, p. 189, available at <https://doi.org/10.1007/s00048-022-00336-9>.
 17. M. Rentetzi, K. Ito, *The material culture and politics of artifacts in nuclear diplomacy*, in *Centaurus*, vol. 63, no. 2, 2021, p. 238, available at <https://doi.org/10.1111/1600-0498.12394>.

macy studies. Research instruments and other scholarly-praised objects can have an important role in diplomatic encounters and complement their purely scientific worth. Furthermore, scientific outreach installations may serve as a means of meaning-making between geopolitical heavyweights and their partner countries.¹⁸ This is a fruitful parallel that can be drawn between the EU and its Southern neighbours. Taking inspiration from ‘kn/own/ables’ and ‘technoscientific gifts’, any type of Bourdieu-inspired understanding of capital needs the recognition of its attributes and specific worth by at least two entities. In such a manner, the capital is entangled in “active relationships” that provide to the related individuals or entities (in the form of institutional memory) a tacit or explicit understanding and, putting it in more colloquial terms, a sense of “how things work around here”.¹⁹ In this specific case, the known field is the ERA. Doing research and engaging in research activities through the opportunities offered by the ERA as a framework field involves a considerable component of social ordering and legitimisation of certain research approaches and findings.²⁰

Due to the focus of this paper on the ESN’s involvement in the ERA, the attempt to validate the worth of the capital, such as a

18. M. Rentetzi, D. Germanese, *Science diplomacy on display: mobile atomic exhibitions in the cold war: Introduction to Special Issue*, in *Annals of Science*, vol. 80, no. 1, 2023, p. 8, available at <https://doi.org/10.1080/00033790.2023.2166114>.

19. N. Zepke, L. Leach, *Improving student engagement: Ten proposals for action*, in *Active Learning in Higher Education*, vol. 11, no. 3, 2010, p. 173, available at <https://doi.org/10.1177/1469787410379680>.

20. M. Buning, *Teaching intellectual property*, in D. Schäfer, A. Mamidipudi, M. Buning (orgs.), *Ownership of Knowledge: Beyond Intellectual Property*, Cambridge, Massachusetts, London, England: The MIT Press, 2023, p. 108, available at <https://doi.org/10.7551/mitpress/14648.003.0005>.

co-ownership of the project, its deliverables, and achievements, relies not only on the Europe-based project manager. Tapping into the scholarly appraised “tacit, intuitive, and non-rational know-how” of project management,²¹ the eagerness to do so by the ESN-based entity is equally important. Such like-mindedness accomplishes the continuity of the ESN’s ties to some of the notable Europe-based research hubs. In this paper, this matter is addressed by studying the perceptions, estimations, and actions of Europe-based project managers based on their experiences with ESN colleagues.

1.3. Archetypes

Contemporary practice theory and recent enquiry into relationality set a good contextual basis for the study of such a supranational construct as the ERA. Nevertheless, it does not offer an exhaustive inventory of tools to go beyond the acknowledgement of certain sites of curated interactions and relational patterns. Therefore, this paper taps into sustainability studies and brings into the picture archetypes as a helpful approach to examine “detailed configurations of factors” tied to contemporary real-world challenges.²² The value of archetypes is that they are not ideal types. Archetypes do not

21. J. Thomas, S. George, S., P. Buckle Henning, *Resituating expert project managers' praxis within multiple logics of practice*, in *International Journal of Managing Projects in Business*, vol. 5, no. 3, 2012, p. 393, available at <https://doi.org/10.1108/17538371211235281>.

22. C. Oberlack, D. Sietz, E.B. Bonanomi, A. de Bremond, J. Dell'Angelo, K. Eisenack, E.C. Ellis, G. Epstein, M. Giger, A. Heinemann, C. Kimmich, M.T. Kok, D. Manuel-Navarrete, P. Messerli, P. Meyfroidt, T. Václavík, S. Villamayor-Tomas, *Archetype analysis in sustainability research: meanings, motivations, and evidence-based policy making*, in *Ecology and Society*, vol. 24, no. 2, 2019, p. 5, available at <https://doi.org/10.5751/ES-10747-240226>; L. Piemontese, R. Neudert, C. Oberlack, S. Pedde, M. Roggero, A. Buchadas, D.A. Martin, R. Orozco, K., Pellowe, A.C., Segnon, L. Zarbá, D. Sietz, *Validity and validation in archetype analysis: practical assessment framework and guidelines*, in *Environmental Research Letters*, vol. 17, no. 2, 2022, p. 1 et seq, available at <https://doi.org/10.1088/1748-9326/ac4f12>.

embody “extreme, hypothetical constructs”.²³ Instead, archetypes facilitate the identification of relational and interaction-oriented patterns without weighting whether one or another archetype is supreme over the others.

In essence, archetype analysis examines a repeated pattern of several modalities that characterise the studied phenomenon.²⁴ “Archetypes are understood as mental representations of relationships between attributes and processes that characteri[s]e systems.”²⁵ Analysts explore archetypes through diverse entry points ranging across archetypical impacts, processes, and conditions.²⁶ Archetypes are instrumental in the devised research design for largely methodological reasons. Archetypes is an approach with a high degree of compatibility with various conceptual and methodological combinations.²⁷ Therefore, a more extensive elaboration on the approach chosen to apply archetypes in this paper is explained in the subsequent section.

-
23. C. Oberlack, D. Sietz, E.B. Bonanomi, A. de Bremond, J. Dell’Angelo, K. Eisenack, E.C. Ellis, G. Epstein, M. Giger, A. Heinimann, C. Kimmich, M.T. Kok, D. Manuel-Navarrete, P. Messerli, P. Meyfroidt, T. Václavík, S. Villamayor-Tomas, *Archetype analysis in sustainability research*, cit. p. 5.
 24. K. Eisenack, C. Oberlack, D. Sietz, *Avenues of archetype analysis: roots, achievements, and next steps in sustainability research*, in *Ecology and Society*, vol. 26, no. 2, art. 31, 2021, p. 1, available at <https://doi.org/10.5751/ES-12484-260231>; L. Piemontese, R. Neudert, C. Oberlack, S. Pedde, M. Roggero, A. Buchadas, D.A. Martin, R. Orozco, K., Pellowe, A.C., Segnon, L. Zarbá, D. Sietz, *Validity and validation in archetype analysis*, cit. p. 1.
 25. K. Eisenack, S. Villamayor-Tomas, G. Epstein, C. Kimmich, N. Magliocca, D. Manuel-Navarrete, C. Oberlack, M. Roggero, D. Sietz, *Design and quality criteria for archetype analysis*, in *Ecology and Society*, vol. 24, no. 3, art. 6, 2019, p. 2, available at <https://doi.org/10.5751/ES-10855-240306>.
 26. T. Tribaldos, C. Oberlack, F. Schneider, *Impact through participatory research approaches: an archetype analysis*, in *Ecology and Society*, vol. 25, no. 3, art.15, 2020, p. 9, available at <https://doi.org/10.5751/ES-11517-250315>.
 27. A. Gotgelf, M. Roggero, K. Eisenack, *Archetypical opportunities for water governance adaptation to climate change*, in *Ecology and Society*, vol. 25, n. 4, art. 6, 2020, p. 4, available at <https://doi.org/10.5751/ES-11768-250406>.

2. METHODS

Archetype analysis is a methodological approach.²⁸ Following the suggestion of Eisenack and colleagues,²⁹ this paper adopts the analytic narrative qualitative method based on several considerations. Firstly, “[a]nalytic narratives attempt to resolve historical puzzles by reconciling the benefits of ‘thin’ description with the advantages of ‘dirty’ empirics”.³⁰ The ‘dirty’ empirical techniques refer to the vast repository of qualitative research methods mostly used in the social sciences and humanities, for example, archival study and ethnography.³¹ In analytical narrative, these qualitative materials are used under the guidance of a model to fill a specific knowledge gap,³² in this case specifically defined archetypes. In this paper, the dirty empirics are captured by 19 online semi-structured

28. C. Oberlack, D. Sietz, E.B. Bonanomi, A. de Bremond, J. Dell’Angelo, K. Eisenack, E.C. Ellis, G. Epstein, M. Giger, A. Heinimann, C. Kimmich, M.T. Kok, D. Manuel-Navarrete, P. Messerli, P. Meyfroidt, T. Václavík, S. Villamayor-Tomas, *Archetype analysis in sustainability research*, *cit.* p. 10.
29. C. Oberlack, D. Sietz, E.B. Bonanomi, A. de Bremond, J. Dell’Angelo, K. Eisenack, E.C. Ellis, G. Epstein, M. Giger, A. Heinimann, C. Kimmich, M.T. Kok, D. Manuel-Navarrete, P. Messerli, P. Meyfroidt, T. Václavík, S. Villamayor-Tomas, *Archetype analysis in sustainability research*, *cit.* p. 5.
30. G. Brownlow, *Back to the failure: an analytic narrative of the De Lorean debacle*, in *Business History*, vol. 57, no. 1, 2015, p. 159, available at <https://doi.org/10.1080/00076791.2014.977875>.
31. G. Brownlow, *Back to the failure*, *cit.*, p. 159; R.H. Bates, A. Greif, M. Levi, J.-L. Rosenthal, B.R. Weingast, *The Analytic Narrative Project – Analytic Narratives*. By Robert H. Bates, Avner Greif, Margaret Levi, Jean-Laurent Rosenthal, and Barry Weingast. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1998. 296p. \$65.00 Cloth, \$22.95 Paper.”, in *American Political Science Review*, vol. 94, n. 3, 2000, p. 698, available at <https://doi.org/10.2307/2585843>.
32. P. Mongin, *What Are Analytic Narratives?*, in B. Miller, A. Lieto (orgs.), *7th Workshop on Computational Models of Narrative (CMN 2016)*, vol. 53, 2016, p. 13:8, Dagstuhl: Schloss Dagstuhl--Leibniz-Zentrum fuer Informatik, available at <https://doi.org/10.4230/OASlcs.CMN.2016.13>; D. Skarbek, E. Skarbek, *Analytic Narratives in Political Economy*, in *History of Political Economy*, vol. 55, no. 4, 2023, p. 612, 630, available at <https://doi.org/10.1215/00182702-10620913>.

interviews with project managers and one hybrid focus group with project consortium members.³³ A slightly 'cleaner' part of the (revisited) empirical data is used to triangulate the findings of this paper.³⁴ The earlier completed systematic FP7 and H2020 project mapping based on the open-access Community Research and Development Information Service (CORDIS) data base offers a limited triangulation option.³⁵ The authors offering guidance for analytic narrative refrain from being very specific about the kinds of components a narrative consists of.³⁶ Thus, the selected sources are considered sufficiently informative for the purposes of this study.

The analysis guided by the alternation narrative scheme commences from an inductive position.³⁷ Previous research stages offer

33. Initially covered by Z. Šime, *The Aspiration Towards Centrality in the European Research Area: The European Interest in Bringing the Southern Neighbourhood Into the Picture*, in manuscript under peer review, (n.d.b.).
34. L. Piemontese, R. Neudert, C. Oberlack, S. Pedde, M. Roggero, A. Buchadas, D.A. Martin, R. Orozco, K., Pellowe, A.C., Segnon, L. Zarbá, D. Sietz, *Validity and validation in archetype analysis*, cit., p. 3.
35. Initially covered in Z. Šime, *European Union Science Diplomacy in the Southern Neighbourhood: Mapping the Field and Plurality of Resilience-Builders*, *EU Diplomacy Paper No. 8*, Bruges: College of Europe, 2021, available at <https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/EDP%208%202021%20Sime.pdf>; Z. Šime, *Participation of Morocco and Tunisia in the European Research Area: Research-Intense Collaborative Patterns Across the European Southern Neighbourhood*, in *European Integration Studies*, no. 17, 2023b, available at <https://doi.org/10.5755/j01.eis.117.33909>; Z. Šime, *European Science Diplomacy in the Southern Neighbourhood*, available at manuscript under peer review, n.d.a.
36. P. Mongin, *What Are Analytic Narratives?*, cit., p. 9 et seq; P. Mongin, *Analytic Narratives*, in C. Diebolt, M. Hauptert, M. (orgs.), *Handbook of Cliometrics*, Berlin, Heidelberg: Springer, 2019, p. 30, available at https://doi.org/10.1007/978-3-642-40458-0_52-1.
37. K. Eisenack, S. Villamayor-Tomas, G. Epstein, C. Kimmich, N. Magliocca, D. Manuel-Navarrete, C. Oberlack, M. Roggero, D. Sietz, *Design and quality criteria for archetype analysis*, cit. p. 2; C. Hédoin, *History, Analytic Narratives, and the Rules-in-Equilibrium View of Institutions*, in *Philosophy of the Social Sciences*, vol. 50, no. 5, 2020, p. 395, available at <https://doi.org/10.1007/s11099-020-09500-0>.

preliminary insight concerning the four archetypes and the core attributes of each of these four archetypes. This paper studies in greater depth the representation of the four designed archetypes among the studied 19 projects and how the core attribute manifests in each of those projects. While studying more microlevel or project-level interactions, the modelled archetypes are considered transferable and applicable to the study of other EU FPs.³⁸ Moreover, considering projects as temporary or time-bound institutions that are part of the ERA supranational framework structure, analytic narrative is a good choice for the methodological set-up.³⁹

Some of the nascent cases offering “occasionally narrative” historical analysis,⁴⁰ such as Greif’s comparison between late medieval path dependencies of Maghribi and Genoese trade-based economic growth and the way each of these two societies defined and practiced trade rules, address examples from a distant history.⁴¹ The model examples are fascinated by elusive narratives and are preoccupied with explaining choices and decisions to reach gener-

org/10.1177/0048393120903389; D. Skarbek, E. Skarbek, *Analytic Narratives in Political Economy*, cit., p. 613.

38. D. Skarbek, E. Skarbek, *Analytic Narratives in Political Economy*, cit., p. 614 et seq.

39. D. Skarbek, E. Skarbek, *Analytic Narratives in Political Economy*, cit., p. 623.

40. C. Hédoïn, *History, Analytic Narratives, and the Rules-in-Equilibrium View of Institutions*, cit., p. 404; P. Mongin, *Analytic Narratives*, cit., p. 30.

41. A. Greif, *Cultural Beliefs and the Organization of Society: A Historical and Theoretical Reflection on Collectivist and Individualist Societies*, in *Journal of Political Economy*, vol. 102, no. 5, 1994, p. 943 et seq, available at <http://www.jstor.org/stable/2138652>. Greif’s later work with an explicit analytic narrative approach is among the most often referred to in the latest methodological guides, for example in P. Mongin, *What Are Analytic Narratives?*, cit., p. 2 et seq; P. Mongin, *Analytic Narratives*, cit., p. 4 et seq.

alisation that distance away from case-specific givens.⁴² In contrast, this paper addresses a rather recent episode of history. The chosen time frame 2014-2017 goes a little less than a decade back in time. Nevertheless, it captures somewhat distant, completed, rather than ongoing, experiences. It is a "spatiotemporally well defined" choice to examine completed projects and the way collegial ties were organised within these projects.⁴³

Secondly, analytic narratives, especially when it comes to the role of non-observables in institutional analysis,⁴⁴ are highly compatible with the overarching theoretical rationale of the relationality tied to practice theory. The 'relational turn' shows receptiveness to the enduring appraisal of in-depth interviews to explore the nuances of routines and mental dispositions associated with them.⁴⁵ Thus, the chosen 'dirty' empirics respond both to the relationality and archetypal considerations forming the analytical foundations of this paper. Additionally, using practice theory and its relational dimension as the theoretical point of departure offers an innovative distancing from the historical ties of analytic narrative to rational choice. The theoretical anchor comes closer to the recently re-

42. A. Greif, *Self-Enforcing Political Systems and Economic Growth: Late Medieval Genoa*, in R.H. Bates, A. Greif, M. Levi, J.-L. Rosenthal, B.R. Weingast (orgs.), *Analytic Narratives*, Princeton University Press, p. 60, available at <https://doi.org/10.2307/j.ctv131bwhx.5>; R.H. Bates, A. Greif, M. Levi, J.-L. Rosenthal, B.R. Weingast, *Introduction*, in *Analytic Narratives*, Princeton University Press, 1998, p. 13 et seq, available at <https://doi.org/10.2307/j.ctv131bwhx.4>.

43. P. Mongin, *Analytic Narratives*, cit., p. 22.

44. C. Hédoin, *History, Analytic Narratives, and the Rules-in-Equilibrium View of Institutions*, cit., p. 405.

45. B. Klasche, P. Selg, *A pragmatist defence of rationalism: Towards a cognitive frames-based methodology in International Relations*, in *International Relations*, vol. 34, no. 4, 2020, p. 555, available at <https://doi.org/10.1177/0047117820912519>.

invigorated recommendation to use analytical narrative to build middle-range theories of institutional mechanisms.⁴⁶ In this case, the focus is on supranational and post-Westphalian governance frameworks.

To elaborate crucial details about the approach adopted in analysing the interviews, the term 'elite' and references to it might sound somewhat old-fashioned, inappropriate, or simply not the most preferred choice of terminology among some research circles, such as readers of Bourdieu.⁴⁷ Moreover, considerable ambiguity surrounds the contemporary use of this term.⁴⁸ Nevertheless, some of the reviewed literature attests that the term has not lost its currency among contemporary researchers.⁴⁹ To ensure the term's usefulness, this paper strips 'elite' from notions of power and privilege.⁵⁰ In doing so, the term proves its usefulness in demarcating a circle of outstandingly knowledgeable subject-matter experts.

46. C. Hédoïn, *History, Analytic Narratives, and the Rules-in-Equilibrium View of Institutions*, cit., p. 414; R.H. Bates, A. Greif, M. Levi, J.-L. Rosenthal, B.R. Weingast, "The Analytic Narrative Project [...]", cit., p. 700.

47. A. Vion, F. Dudouet, *Penser l'impérialisme à partir de la théorie des champs*, cit., p. 31.

48. T. Salverda, *Elite Culture*, in *The Blackwell Encyclopedia of Sociology*, 2021, available at <https://doi.org/10.1002/9781405165518.wbeose030.pub2>.

49. R. Carrasco, J. Ruiz-Castillo, *Spatial mobility in elite academic institutions in economics: the case of Spain*, in *SERIEs - Journal of the Spanish Economic Association*, no. 10, 2019, p. 141 et seq, available at <https://doi.org/10.1007/s13209-019-0189-5>.

50. A. Mamidipudi, D. Schäfer, *Excavations of Knowledge Ownership*, cit., p. 23 et seq.; P. Korom, *How Do Academic Elites March Through Departments? A Comparison of the Most Eminent Economists and Sociologists' Career Trajectories*, in *Minerva*, vol. 58, 2020, p. 343 et seq, available at <https://doi.org/10.1007/s11024-020-09399-1>; R.S. Natow, *The use of triangulation in qualitative studies employing elite interviews*, in *Qualitative Research*, vol. 20, no. 2, 2020, p. 160, available at <https://doi.org/10.1177/1468794119830077>; Y. Ma, *Academic elites to economic elites? The diversification of Chinese international students*, in *Journal of International Students*, vol. 10, no. 3, 2020, pp. xxiii-xxiv, available at <https://doi.org/10.32674/jis.v10i4.2003>.

By removing all claims of powerfulness and privileged position associated with 'elites', this research does not discard this term as void. Instead, this article uses a slightly modified meaning of 'elite' to match the particularities of the contemporary setting. Consequently, this paper taps into contemporary thinking concerning various 'elites' to better grasp the chosen research topic.

In other words, interviewees represent elites, not because it would be a siloed and socially insulated group of individuals with some outstanding and unparalleled characteristics inaccessible to a wider public. Instead, in this paper, the term 'elite' refers to the noteworthy competence, specific experience, and acquired expertise of the interviewees. Their careers have afforded plenty of insights, not only into theoretical aspects of science but also into vast collaborative encounters supported by EU funding. In such a manner, they are praised because they possess a unique combination of "kn/own/ables" of not only scientifically sound theoretical knowledge but also a solid track record of traditional academic research output. Most importantly, they have experience of how the applied functionalities unfold through international consultative and collaborative encounters guided by a challenge-driven and result-oriented plan of collectively coordinated and jointly implemented activities. Due to the high competition for EU FPs funding, this obtained insight, especially when it comes to executing project coordination and leading management responsibilities, is considered noteworthy and indicates belonging to a specific group of experienced researchers and research administrators.

Unlike some of the recently documented experiences from across the world,⁵¹ the chosen interactive setup for this research project assembled all participants on an equal footing. This video conference setup for all interviews brings a netnographic dimension to this experience. It corresponds to scholarly observations about the increasing entanglement of online and offline elements in the learning process.⁵² Research is considered here to be an active learning process.

Taking into consideration the conceptual modalities outlined in the theoretical part and the methodological aspects explained in this section, this paper coined the following four archetypes (outlined in table 1) to classify 19 FP7 and H2020-funded projects according to at least one of the archetypes. For the sake of clarity, the goal is to categorise each project under (at least) one archetype. However, archetypes are not meant to be mutually exclusive, and real-world collegial research dynamics may represent some difficulties in drawing clear-cut conclusions about the exact nature of research interactions.⁵³ The previously issued guidance that “[n]o

-
51. A.M. Solarino, H. Aguinis, *Challenges and Best-practice Recommendations for Designing and Conducting Interviews with Elite Informants*, in *Journal of Management Studies*, vol. 58, no. 3, 2020, p. 652, available at <https://doi.org/10.1111/joms.12620>; L. Li, *How to tackle variations in elite interviews: Access, strategies, and power dynamics*, in *Qualitative Research*, vol. 22, no. 6, 2022, p. 846 et seq, available at <https://doi.org/10.1177/1468794121994475>; S. Gupta, S.W. William, *The Highs and Lows of Interviewing Legal Elites*, in *International Journal of Qualitative Methods*, vol. 21, 2022, available at <https://doi.org/10.1177/16094069221078733>.
 52. W. Shumar, N. Madison, *Ethnography in a virtual world*, in *Ethnography and Education*, vol. 8, no. 2, 2013, p. 264 et seq, available at <https://doi.org/10.1080/17457823.2013.792513>.
 53. A. Gotgelf, M. Roggero, K. Eisenack, *Archetypical opportunities for water governance adaptation to climate change*, cit., p. 5; C. Oberlack, *Diagnosing institutional barriers and opportunities for adaptation to climate change*, in

two archetypes can cover exactly the same set of models” does not fit well with the devised limited number of archetypes.⁵⁴ Perhaps this qualitative study is not unique in this struggle. Considering that, with some exceptions, such as the use of semi-structured interviews by Wang, Eisenack, & Tan,⁵⁵ most archetype studies have a quantitative propensity. Consequently, this paper recognises the value of considering each project as eligible for more than one type of the four coined archetypes.

Table 1: *Four project archetypes*

Archetype number	Core attribute	Minimal criteria
Archetype 1 (A1)	One-off EU-funded project encounter	One jointly implemented EU-funded project
Archetype 2 (A2)	A prolonged cooperation throughout two consecutive EU-funded projects	Two jointly implemented EU-funded projects without a major time lapse in between the end of the first project and the start of the second project
Archetype 3 (A3)	A prolonged cooperation throughout EU-funded and otherwise funded projects, programs or other modalities	At least two jointly implemented EU-funded projects combined with other joint activities, such as drafting of new project applications for various funding sources
Archetype 4 (A4)	Occasional cooperation based on collegial acquaintance or mutual familiarity that lasts for more than a decade	Dispersed cooperative research-oriented encounters lasting for more than a decade

Mitigation and Adaptation Strategies for Global Change, vol. 22, 2017, p. 807, available at <https://doi.org/10.1007/s11027-015-9699-z>.

54. A. Gotgelf, M. Roggero, K. Eisenack, *Archetypical opportunities for water governance adaptation to climate change*, cit., p. 5.
55. R. Wang, K. Eisenack, R. Tan, *Sustainable rural renewal in China: archetypical patterns*, in *Ecology and Society*, vol. 24, no. 3, art. 32, 2019, p. 3, available at <https://doi.org/10.5751/ES-11069-240332>.

Table 1 facilitates a brief description of the core attribute and the minimal criteria that guided the review of 19 semi-structured interviews with Europe-based project managers about their project preparation, planning, implementation, and follow-up experiences. Since some project managers prefer to remain anonymous, anonymity is applied to all projects. This approach helps to depart from project-specific modalities and treat all projects as more generic repositories of collaborative encounters that are comparable and can be depicted in a systematised way according to at least one of the devised four archetypes.

3. RESULTS

3.1. Overview of archetypes

Before addressing the nuances captured by each project cluster categorised under each archetype, it is essential to get a clear picture concerning the obtained statistics. Most of the 19 studied projects correspond to A1 of the one-off EU-funded project encounter. To answer the research question, the prevailing archetype characterising the involvement of the ESN in the ERA is a single project engagement. Consequently, this prevalence of single-project encounters confirms the hypothesis. Indeed, the project archetypes that facilitate the involvement of the ESN in the ERA largely rely on one-off EU FPs-funded project-based encounters, not an extended sequence of projects and other collaborative engagement modalities. However, this result should be balanced with full acknowledgement that prolonged cooperation through a blend of diverse funding sources is relatively common.

The next most popular archetype was A3, which corresponds to enduring collegial ties that span beyond two jointly implemented EU FPs-funded projects.

Table 2: Project classification according to the cluster

Archetype number	Corresponding project number	Total number of projects
Archetype 1 (A1)	P5; P10; P11; P12; P13; P14; P15; P16	8
Archetype 2 (A2)	P2 ; P4; P17	3
Archetype 3 (A3)	P1; P2 ; P3; P7; P8; P17	6
Archetype 4 (A4)	P6; P9; P18; P19	4

This statistical picture (outlined in table 2) should not be taken as completely informative about the various networking and collaborative avenues pursued by the Europe-based coordinating institutions and their ESN-based consortium partners due to a considerably long list of considerations. The specificity of some science domains and the working styles associated with these sciences make them more prone to planning extended rather than one-off encounters. Some additional noteworthy considerations on how to approach this generally presented overview are explained in the discussion section of this article. Due to the standard length of this paper, it cannot accommodate an even longer description of all potential factors that should be factored in when looking critically at this generalisation and confirmation of the hypothesis.

Despite the acknowledged shortfalls of the chosen methodological means and the way those are applied in this study, it is clearly visible that this initial attempt to develop archetypes helps to get a more schematic and structured picture of the relationality

patterns. The detected archetype pattern is informative about the ESN engagement in the ERA during the post-volatile Arab Spring period. The representation of four archetypes goes beyond the particularities and uniqueness captured by each project. Such an ability to zoom out the analytic view is essential for a comprehensive look at the ERA as a supranational governance and steering framework. The chosen approach provides a more generalised picture of the engagement modalities offered by the ERA for external action and diplomatic aims. The subsequent subsections explain in greater detail the reasons for the prevailing sporadic relationality between Europe and the ESN within the ERA.

3.2. Archetype 1: single cooperation project

Correspondence to A1 involves diverse considerations. In the case of P5, the willingness to continue cooperation in the future with the ESN-based consortium member through new project applications was not successful because the project applications did not receive approval and a grant. However, the goodwill and mutual interest do not wane. Collegial ties are kept alive, and viable options for future cooperation are considered.

The P10 one-off encounter with ESN-based entities was an inspiring experience for the representative of the Europe-based coordinating institution. The intensity of exchanges and mutual development of 'kn/own/ables' was attested to by the active engagement of the ESN-based entity in the researchers' mobility offer. The co-creation of knowledge was achieved in active cooperation with the hard-working ESN-based mobile researchers. ESN-based

individuals were very eager to contribute to the project's delivery. The European-based project manager's interest in further cooperation beyond the project time frame is restricted by the funding calls. Most thematically and expertise-wise relevant calls for applications are tailored for European consortium eligibility. This is a great example of the pivotal role of the funding bodies in securing the inclusion of ESN-based entities in consortium formation. The lack of eligibility for financial support plays a crucial role in restricting continued cooperation.

In contrast to P5 and P10, P11 was a difficult experience for the Europe-based manager. The ESN-based entity did not show a satisfactory level of responsiveness and engagement. ESN-based entity was not sufficiently contributing to the project's implementation. This experience has not generated any great interest from the Europe-based project manager to extend collaborative encounters beyond the project time frame.

The P12 experience did not encourage the Europe-based project manager to eagerly seek a consecutive cooperation opportunity because the project suffered from various administrative challenges on the ESN side. Issues encountered by the ESN-based colleague to meet deadlines and offer swift feedback on diverse aspects of the project were not motivating enough to immediately look for new avenues to extend cooperation. Despite prior familiarity among scientists, the project implementation brought new administrative considerations and challenges for smooth interactions. The project experience brought new relational considerations. P12 shows the importance of the broader administrative environment on the

success or limitations of project implementation that might be out of the researchers' control. Institution-wide and national routines may not always be conducive to project-based collegial encounters and smooth cooperation.

The P13 project finished with a myriad of insights, lessons learned, and considerations for future potential pathways on how to structure collaborative plans with the ESN-based entities. P13 gave a more thorough understanding of the risks associated with ensuring sufficient quality of the research data collected in countries with poor domestic support for the higher education and research sectors. The project was not immediately followed up with another cooperation episode due to the mutual incompatibility of the financial estimates of the discussed joint endeavour. Despite this limiting factor, the project manager does not discard potential future cooperation opportunities. However, it is a long-term aspiration, not an immediate urgency tied to the ESN. The project manager has a clear understanding of what potential future cooperation might look like. However, this general outline is not centred around a specific ESN-based collegial tie. Instead, it is a broad idea that might be subject to cooperation with the most suitable partner, not one specific institution or individual.

P14 gravitates more towards A1 because the project coordinator did not have extensive prior familiarity with the ESN-based consortium member. The previous project experience was vaguely remembered by the project manager, with no clear reference to one specific funding source. The level of engagement in the previous project by the project manager was much more limited than in P14.

Based on this consideration, P14 is not considered eligible for categorisation under A2. Interest in extended cooperation depends on financial considerations. Lack of funding for continued cooperation results in the absence of regular collegial interactions.

P15 was one project experience that served as a gateway for an ESN-based entity to subject matter expert circles. The project manager does not know the networking and partnering whereabouts that the ESN-based entity established during or after the project implementation. There was no consecutive project cooperation between the P15 manager and the ESN-based consortium member. Thus, P15 served as an introductory passage to the expert circle and their respective domains of 'known/ables' to the ESN entity. Similarly to other A1 project managers, the P15 representative attested to the administrative challenges. In this specific case, those were the visa requirements of ESN-based individuals. Other project management risks were associated with the fact that, for the ESN-based entity, this was the first EU FPs-funded project experience. However, unlike in other A1 experiences, the ESN administrative challenges did not pose a major challenge to the successful delivery of P15. In comparison, this challenge did not pose as severe implications for P15 as those reported by other A1 projects' representatives. Overall, P15 was a fruitful experience.

P16 was a good project experience. The continued exchanges take place in the expert network because the consecutive project application for EU funding was not approved. The interest in continued cooperation was attested to by the joint drafting of the project application. Overall, the potential for future cooperation

was seen through the EU lens, as was the opportunity to extend collaborative ties based on EU support.

To conclude, the sporadic relationality captured by these eight project accounts inform about the following determining factors for sustained cooperation. Europe-based project managers look for matching expertise to fit future project requirements. They know that the ESN entities come with a substantial administrative challenge because they are not part of the united and border-free European zone of free mobility and administrative harmonisation. Europe-based project managers rely on EU funding support for the engagement of the ESN entities.

3.3. Archetype 2: two joint projects

The A2 project cluster includes P2, with two jointly implemented EU FPs-funded project experiences and some vague notions concerning other EU-supported project encounters. This lack of exact data places P2 eligibility in both the A2 and A3 clusters. It is a collaborative thread that has some ad hoc additional components associated with it, with a different thematic coverage than the one detected in two recent projects that are of primary concern.

In a similar manner, P17 has clearly demonstrated consecutive cooperation in two EU FPs-funded projects with some additional research ties and potentially some other funding sources or rationale. Since during the interview the interviewer did not ask for very specific data on the complementary collegial activities, P17 is classified as more adhering to the A2 core attribute than the A3 one. However, more in-depth research of on-going collegial

activities extended beyond P17 and its consecutive project might offer some new information to re-evaluate whether this estimation should be re-categorised as more attuned to the main rationale of A3. Overall, this combination of joint activities sparked by P17 is based on mutual goodwill, successful cooperation, and a willingness to build on past achievements. P17 is a resourceful example of 'kn/own/ables' and 'technoscientific gifts'. The project manager oversaw the deployment of advanced monitoring instruments in the ESN and facilitated the training of ESN-based researchers to masterfully use the temporarily acquired research items. The sustainability of this initiative to share European expertise and technical measurement practices and the mutual acknowledgment of this learning experience, know-how, and technical objects are proven by the ESN government allocation of funding to cover some of the maintenance costs for the research instrumentation.

Overall, the research findings illustrate that the devised A2 and A3 have commonalities, and both are hard to separate due to gaps in more nuanced information about activities adjacent to P2 and P17. These issues of empirical gaps were spotted only at a late stage of the research process. The initial logic of triangulating the interview insights with the project mapping proves incapable of addressing this lack of detailed data. This is a telling episode that this study deals with truly 'dirty' empirics with lots of unique angles and less detailed generalisations that might turn out to be problematic to fulfil the methodological guidance for the study of archetypes. Having two projects corresponding to the same combination of two archetypes goes against the general methodological guidance for

the archetypal study. Instead of seeing this episode as a research failure, it is treated as an opportunity to illustrate how complex considerations in qualitative research led to contradicting some of the general archetype guidance that was issued to all types of archetype studies (quantitative, qualitative, and mixed method). The murky data aspects of A2 could be addressed in a separate, in-depth study comparing in greater detail P2 and P17.

3.4. Archetype 3: two joints projects and complementary activities

The P1 collegial ties represent a chain of collaboration beginning with the collaborative facilitation of individual PhD mobilities financed by regional and national authorities. After that, two other projects financed by EU FPs were jointly carried out. It is interesting to note that in this example, the collegial ties were strengthened during the period of transition when the project manager moved from one higher education institution to another. This transition happened during the project's implementation. This one-of-a-kind example of a change in the employment institution highlights the value of close personal and professional connections that follow researchers and are crucial for eligibility under A3.

Beyond a single EU FP-funded project, P3 and P7 meetings benefited from other EU funding schemes and other cooperative encounters. The specific project under study was a component of a collection of initiatives that facilitated interactions between the ESN-based counterparts and the organisation located in Europe. P7 involved special information sharing that centred on 'techno-

scientific gifts' and 'know/own/ables'. The project itself did not provide financing for the establishment of a new research centre by the ESN-based organisation. Therefore, the European side did not explicitly offer the 'technoscientific gift' to the ESN side. However, the manager headquartered in Europe provided "kn/own/ables" regarding the circumstances and prerequisites for the ESN-based entity to get closer to installing the envisioned scientific facility. Without this generous sharing of insights by the management situated in Europe, including certain practical and administrative lessons learned from own experience relating to similar facilities elsewhere, the object itself might suffer from a lack of correct setup and skilled management.

P8's reoccurring cooperation with ESN-based entities relies not only on joint interest to implement EU FPs-funded projects. Domain-specific collegial ties are maintained by other means, such as the European issue-based networks and regional offices of such networks. This interaction through various frameworks attests to the importance of studying multiple EU instruments and expert circles to fully grasp the whole intellectual architecture that supports EU external action and science diplomacy. The encounters shouldered by the ERA benefit from mutual familiarity developed through other initiatives and issue-based membership constellations.

In sum, due to the structure of the semi-structured interview template, little additional detail was obtained concerning the complementary collegial activities besides those structured in the form of EU FPs-funded projects. More extensive research with a tailored

research design would help address this matter. Most importantly, the A3 cluster demonstrates that the interviewed project managers are true 'elite' in the sense that they have obtained unique experience in successfully combining supranationally steered funding incentives with other funding sources. Their mastery of sustaining highly performative collegial ties with the ESN through diverse research-oriented means is instrumental in ensuring that the ESN becomes an integral part of the ERA. These project managers are not only scientific project management achievers. They are notable figures in the EU external action and science diplomacy context because their work and its resonance span well beyond the administratively sufficient delivery of EU-funded activity plans and the adequate fulfilment of scientific criteria. P1, P3, P7, and P8 project managers have mastered professional ties of considerable relational worth and a proven understanding of how to facilitate supranationally encouraged expert encounters, including capital transactions, through offering 'know/own/ables'.

3.5. Archetype 4: long-term collegial encounters

Correspondence to A4 is founded on institutional intents and actions to foster bilateral cooperation with expertise-wise relevant ESN-based partners. Prior to P6, researcher mobility paved the way for more than fifteen years of cooperation in diverse formats. These activities are combined with intentions to sustain these exchanges during the upcoming five years and even longer. The project that was at the centre of the interview was the achievement

of an incremental and gradual development of collegial encounters over 15 years.

Similarly, P9 project cooperation relied on prior nationally coordinated encounters with consortium members based on issue-specific expertise hosted by the Europe-based manager. The project is an emblematic embodiment of 'kn/own/ables' and 'technoscientific gifts'. The Europe-based project manager possessed the unique expertise required to install and commence the operation of a scientific measurement infrastructure object geographically transported to Northern Africa. The component parts and the instrument were installed in Northern Africa thanks to the know-how and expertise shared by the Europe-based manager with the ESN-based counterparts. It was a considerably sustainable engagement because this newly installed infrastructure project was kept operational two years after the project ended. The long-term sustainability and performance of the installed research facility deserve to be revisited in the forthcoming years. After P9, collegial ties are maintained through the facilitation of early-career researcher mobility and doctoral theses guidance and evaluations.

P18 adheres to the A4 cluster due to the very individual take of the project manager on one's experiences with the ESN. The project manager attaches great importance to building lasting collegial ties and extending awareness about different hubs of expertise and the individuals working there. On an individual level, the project manager attests to the notable weight of personal ownership and the acknowledgement of 'kn/own/ables' as an asset that is inseparable from researchers as professionals, their

former, present, and future work affiliations, and career trajectories. On the one hand, this project manager perspective adhering to A4 might stem from a personal approach to work, networking, and the building of collegial ties. On the other hand, this correspondence to the A4 specificity might stem from the particularities and unique characteristics of the working environment characterising the science disciplines represented by the project manager. P18 attests that some project consortiums are seen as distilled partnerships in a densely networked environment. For example, finding the most suitable ESN-based partners for P18 took effort and consultation among colleagues. P18 attests to the considerable attention paid by consortium coordinators to tailor the membership composition of the project and invest a substantial amount of time and brainpower in this task.

P19 is, project-wise, the most resourceful example. P19 forms part of a cluster of three EU-funded projects jointly implemented with ESN-based entities. This is not a siloed achievement because the institution represented by the Europe-based project manager attempts to engage ESN-based entities as much as it can. This propensity to link the northern and southern shores of the Mediterranean is largely tied to the acknowledgement that proper solutions to contemporary challenges require joint engagement. Various environmental and sustainability issues require looking at them in an integrated manner and well beyond national borders. Joint engagement is essential for a more comprehensive understanding of viable solutions. P19 attests to the importance of co-production

of 'kn/own/ables' to properly address contemporary challenges and build goodwill between the EU and ESN.

To summarise, A4 representation across the interviewed projects is highly dependent on whether the senior leadership of the project responded to the interview invitation. Only the principal coordinator or investigator of the project might have this advanced level of accumulated expertise, awareness about expert networks, and years of productive encounters. Such an individual profile of strong relationality allows to position the EU FPs-funded project in a longer string of acclaimed collaborative initiatives and identify complementarities. Some hard-working and committed junior project implementers are at an earlier career stage and might not possess this broad range of insights to position the project in an equally rich and thick context. This is an important methodological consideration when thinking about how to hone more detailed attributes of the initially devised archetypes in the future and add additional selection criteria for the interviewees. The most experienced and densely networked 'elites' provide the most thorough insight into how the supranational incentives characterising the ERA trickle down to the daily project management and coordination level and how noteworthy 'kn/own/ables' are co-developed. Some of the recently installed 'technoscientific gifts' would benefit from being revisited in a follow-up study after a couple of years to appraise the true resonance of their research and societal value.

3.6. Triangulation

Since sporadic relationality based on one project encounter is the prevailing archetype of this study, it is worth triangulating this finding with the already completed project mapping. This project selection served as the basis on which the sample of interview invitations was devised.

The FP7 project portfolio mapping resulted in the following conclusion: "Re-occurring institutional pairs are an exception rather than a rule. To be precise, there are few outstanding cases. Namely, the Morocco-based National Institute of Fisheries Research and the University of Bergen collaborated consecutively in projects CARBOCHANGE and PREFACE. Mohammed V University in Rabat participated in PEGASO and MOSAIC coordinated by the Autonomous University of Barcelona. The Tunisian National Research Institute for Rural Engineering, Water and Forestry participated simultaneously in MENFRI and BEWATER coordinated the Barcelona-based Ecological and Forestry Applications Research Centre."⁵⁶ "The H2020 data-set observation demonstrated" repeated "collaborative links between the Pasteur Institute of Tunis and the Barcelona Institute for Global Health" during InSPIRES and EUROLEISH-NET projects.⁵⁷ H2020 offered an overall dispersed picture. Most importantly, continued cooperation did not happen only between universities and research institutes. Ireland-based International Information Management Corporation Ltd and the

56. Z. Šime, *European Union Science Diplomacy in the Southern Neighbourhood*, cit., p. 28 et seq.

57. Z. Šime, *European Science Diplomacy in the Southern Neighbourhood*, cit.

Tunisian Ministry of Higher Education and Scientific Research collaborated during FP7-funded IST-Africa 2012-13 and IST-Africa 2014-2015, as well as H2020 funded IST-Africa 2016-2018 projects.⁵⁸ These rare examples increase the reliability of the finding of the prevalence of A1 as a widespread mode for engaging ESN-based entities in the ERA. The findings guided by the archetypal considerations confirm earlier project findings of the prevailing research-oriented encounters founded on one single project.

Moreover, not to abuse the requested anonymity among some of the interviewees, it is worth adding that some of the projects named among the reoccurring cooperation examples in the previous paragraph also benefited from the responsiveness to the interview invitation. Four interview projects are named and represent the archetyped project instances. One represents A1, one corresponds to the empirically murky A2, and two projects are part of the A3 cluster. This nuance is important to stress that this paper captures some of those seldom observed repeated collegial ties and taps into more nuances of context-rich A3 experiences. Each A3 project adheres to a unique grouping of interconnected projects and mutually exclusive expert circles. Thus, none of the four archetyped projects are mutually overlapping in terms of thematic coverage and associated collegial networks.

To link these findings about the contemporary research-oriented and knowledge-intensive supranational research infrastructure of

58. Z. Šime, *Participation of Morocco and Tunisia in the European Research Area: Research-Intense Collaborative Patterns Across the European Southern Neighbourhood*, in *European Integration Studies*, no. 17, 2023b, available at <https://doi.org/10.5755/J01.eis.17.33909>.

the ERA with the past glory of the ESN area, this part of the paper acknowledges the enduring and international inspiration that the Library of Alexandria offers to intellectuals and administrators of research and higher education institutions across the world.⁵⁹ Drawing parallels with this emblematic library, in a somewhat similar fashion, the ERA serves as a highly accessible intellectual place occasionally frequented by the ESN-based entities through their adherence to one or another project consortium or outreach activity of a project. While restricting access with tailored criteria and conditions of expertise defined by the project eligibility criteria, the ERA is open to the ESN. The ESN beneficiaries obtain time-bound engagement in supranationally steered expert circles and concerted activities. As the prevalence of sporadic relationality attests, such intellectual engagement with ERA-hosted activities is more ad hoc than sustained.

4. DISCUSSION

One important intervening factor in the classification of project experiences according to the defined archetypes is the size of each institution represented by the project manager. Some institutions are rather compact. Others are large higher education and/or research institutions with multiple large departments. On several occasions, this factor of the size of the institution restricted the opportunity to obtain a full picture concerning all relevant professional encounters between the Europe-based institutions and

59. H. Hsiung, *Complete, Accessible, Now: What Is Living and What Is Dead in the Research Library*, in *Journal for the History of Knowledge*, vol. 4, 2023, p. 16, available at <https://doi.org/10.55283/jhk.12409>.

their ESN-based counterparts partnering in the selected project. The thematic coverage of different institutional entities involved in cooperation episodes was not always known to the interviewed project managers. Thus, the archetype representation cannot be considered fully accurate. For instance, some A2 cases might have unacknowledged A3 adherence. Although interviewees received the interview template with questions, including questions on prior cooperation, before the interview took place, not all interviewees found it necessary to launch a survey among colleagues to acquire a full picture of all cooperation examples. Additionally, they did not always have full details about the exact funding source, project title, and other details related to more distant collegial encounters. These limitations make the archetype pattern explained in this paper prone to some potential limitations in terms of external validity and tests on other samples of projects. Moreover, similar future studies should take this lesson learnt about the implications of limited information acquired during the interview into account and prepare some mitigation and pre-emptive techniques to address this risk.

Furthermore, the interviews attested to the importance of institutional memory and the role that staff turnover plays in maintaining an overall awareness of relational ties to other institutions. On several occasions, interviews were held with representatives of the project-coordinating institution who were not themselves the principal investigators of the project. Thus, they did not have the same understanding about the prior collegial encounters before the project's drafting, implementation, and finalisation. Project representatives with a longer employment history at the project

coordinating institution know some nuances about the project's inception and the way projects are handed over at various stages of their preparation, implementation, and completion. However, depending on the tasks assigned for the project, the seniority level of the interviewee, and the length of employment at the project-coordinating institution, the information shared about the collegial ties may vary. This is one of the limitations of the designed archetypes and the classification of projects under one or another archetype. This classification relies on the institutional memory and the role of the interviewee at the project-coordinating institution. Not all individuals might have the exact same awareness of and engagement in collegial networks. Thus, the estimates offered about the project's inception, management, and follow-up prospects are communicated from different standpoints, angles, and time horizons.

External validity refers to "to the general[i]s]ability of the claims emerging from archetype analysis, or the confidence in extending the results outside of the study sample".⁶⁰ The patterns detected within 19 projects deserve to be studied across other EU FPs projects' sample to obtain a clearer picture of how representative the pattern is across other clusters of ERA-supporting projects. The triangulation measure for this article was a rather compact one. The FP7 and H2020 project mapping serve the triangulation purposes of this research design. However, for more thorough

60. L. Piemontese, R. Neudert, C. Oberlack, S. Pedde, M. Roggero, A. Buchadas, D.A. Martin, R. Orozco, K., Pellowe, A.C., Segnon, L. Zarbá, D. Sietz, *Validity and validation in archetype analysis, cit.*, p. 3.

external validity purposes, a consecutive study of broader sets of projects and the archetypes they capture is instrumental.

In comparison to the vast repository of archetype studies, this paper does not entail a nuanced model of independent and dependent variables or a vast quantitative analysis. Instead, this is an introductory study to the topic, inviting readers to take another perspective on the EU-funded projects as valuable components of the supranational architecture maintained and steered by the EU institutions. This initial study has given some useful indications about the existing data bases and information repositories and how those might be employed in future studies with more advanced and complex methodological frameworks. The CORDIS open-access data base proves its value as an excellent springboard for a systematic approach to the exploration of collegial networks and multi-stakeholder partnerships.

FINAL CONSIDERATIONS

This study concludes that, based on the pattern of Morocco- and Tunisia-based beneficiaries, ESN access to the ERA largely relies on ad hoc project engagements. Most of the analysed projects correspond to one-off EU-funded project encounters between ESN-based entities and the Europe-based project manager. In response to the research question, the most widespread archetype describing the involvement of the ESN in the ERA is a single project engagement. Furthermore, this engagement trend confirms the hypothesis. The most widespread project archetype of the involvement of the ESN in the ERA restricts the research encounter

to one project. A list of projects combined with other collaborative engagement modalities is less prevalent. Nevertheless, there are several instances proving that Europe-based managers are eager and capable of sustaining ties with their ESN counterparts based on diverse funding sources. Thus, to a considerable degree, the ERA dynamics and relational ties are embedded in a broader international research landscape, not siloed away from it.

This initial attempt or pilot project of archetype-centred qualitative research comes with challenges and achievements. Future honing of archetypes will require making a clearer distinction between A2 and A3 to avoid an overlap in the categorisation of projects under both archetypes. Further qualitative enquiry into the unique characteristics of A2 data might be informative in this respect. From the present findings, it seems that the answer to this fine-tuning of both archetypes lies in cleaning up some of the 'dirtiness' of the empirical data associated with A2 projects. Despite the identified limitations of empirical sources, their use to categorise projects under four archetypes is very helpful to better understand the ERA structure beyond its major division into Bourdieusian subfields. To understand the modalities of these subfields, archetypes are instrumental. Archetypes demonstrate the relational logic and project-oriented management solutions that put in motion the ERA subfields. Archetypes offer a more nuanced understanding of the considerations guiding experienced research project managers in extending collaborative plans across the ESN. Archetypes better illustrate what pattern of expert circle encounters supports EU external action, in what settings, and for

how long the EU science diplomacy projection unfolds through shared 'known/ables' and new initiatives offered to the ESN through European 'technoscientific gifts'.

The enthusiasm to develop EU external action studies by employing various theoretical and conceptual elements and methodological approaches is important not solely for this emerging field of studies. Seen more broadly, this receptiveness to various stances and the processing of diverse empirical material bring continuous intellectual dynamism to the more than century-old thinking on international relations. EU external action studies, such as this one, may serve as a source of inspiration for other compartments of international relations and indicate prospective pathways for enlivening research agendas with a fresh look at classics and European integration as a reinvented and reinvigorated tradition.

REFERENCES

- A. Dür, M. Gastinger, *Spinning a global web of EU external relations: how the EU establishes stronger joint bodies where they matter most*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 30, no. 6, 2023, available at <https://doi.org/10.1080/13501763.2022.2079708>.
- A. Gotgelf, M. Roggero, K. Eisenack, *Archetypical opportunities for water governance adaptation to climate change*, in *Ecology and Society*, vol. 25, no. 4, art. 6, 2020, available at <https://doi.org/10.5751/ES-11768-250406>.
- A. Greif, *Cultural Beliefs and the Organization of Society: A Historical and Theoretical Reflection on Collectivist and Individualist Societies*, in *Journal of Political Economy*, vol. 102, no. 5, 1994, available at <http://www.jstor.org/stable/2138652>.
- A. Greif, *Self-Enforcing Political Systems and Economic Growth: Late Medieval Genoa*, in R.H. Bates, A. Greif, M. Levi, J.-L. Rosenthal, B.R. Weingast (orgs.), *Analytic Narratives*, Princeton University Press, 1998, available at <https://doi.org/10.2307/j.ctv131bwhx.5>.
- A. Mamidipudi, D. Schäfer, *Excavations of Knowledge Ownership: Theoretical Chapter*, in D. Schäfer, A. Mamidipudi, M. Buning (orgs.), *Ownership of Knowledge: Beyond Intellectual Property*, Cambridge, Massachusetts,

London, England: The MIT Press, 2023, available at <https://doi.org/10.7551/mitpress/14648.003.0005>.

A. Vion, F. Dudouet, *Penser l'impérialisme à partir de la théorie des champs, in Cultures & Conflits*, no. 119-120, 2020, available at <https://doi.org/10.4000/conflits.22068>.

A.M. Solarino, H. Aguinis, Challenges and Best-practice Recommendations for Designing and Conducting Interviews with Elite Informants, in *Journal of Management Studies*, vol. 58, n. 3, 2020, available at <https://doi.org/10.1111/joms.12620>.

B. Klasche, *The role of ideations in de-problematizing migration crises (and other wicked problems)*, in *Frontiers in Political Science*, vol. 5, n. 1134457, 2023, available at <https://doi.org/10.3389/fpos.2023.1134457>.

B. Klasche, P. Poopuu, *What Relations Matter?*, in *International Studies Quarterly*, vol. 67, n. 1, art. sqad010, 2023, available at <https://doi.org/10.1093/isq/squad010>.

B. Klasche, P. Selg, *A pragmatist defence of rationalism: Towards a cognitive frames-based methodology in International Relations*, in *International Relations*, vol. 34, n. 4, 2020, available at <https://doi.org/10.1177/0047117820912519>.

C. Hédoïn, *History, Analytic Narratives, and the Rules-in-Equilibrium View of Institutions*, in *Philosophy of the Social Sciences*, vol. 50, no. 5, 2020, available at <https://doi.org/10.1177/0048393120903389>.

C. Oberlack, *Diagnosing institutional barriers and opportunities for adaptation to climate change*, in *Mitigation and Adaptation Strategies for Global Change*, vol. 22, 2017, available at <https://doi.org/10.1007/s11027-015-9699-z>.

C. Oberlack, D. Sietz, E.B. Bonanomi, A. de Bremond, J. Dell'Angelo, K. Eisenack, E.C. Ellis, G. Epstein, M. Giger, A. Heinimann, C. Kimmich, M.T. Kok, D. Manuel-Navarrete, P. Messerli, P. Meyfroidt, T. Václavík, S. Villamayor-Tomas, *Archetype analysis in sustainability research: meanings, motivations, and evidence-based policy making*, in *Ecology and Society*, vol. 24, n. 2, 2019, available at <https://doi.org/10.5751/ES-10747-240226>.

D. Schäfer, D., A. Mamidipudi, *Ownership of knowledge: Introduction*, in D. Schäfer, A. Mamidipudi, M. Buning (orgs.), *Ownership of Knowledge: Beyond Intellectual Property* (p. 1 et seq). Cambridge, Massachusetts, London, England: The MIT Press, 2023, available at <https://doi.org/10.7551/mitpress/14648.003.0004>.

D. Skarbek, E. Skarbek, *Analytic Narratives in Political Economy*, in *History of Political Economy*, vol. 55, no. 4, 2023, available at <https://doi.org/10.1215/00182702-10620913>.

D.M. McCourt, *The Inquiry and the Birth of International Relations, 1917–19*, in *Australian Journal of Politics & History*, vol. 63, 2017, available at <https://doi.org/10.1111/ajph.12376>.

F. Mattheis, C.F. Diaz, *Maritime strategies in the European Union for the Indo-Pacific - what role for Africa?*, in *Strategic Review for Southern Africa*, vol. 44,

- no. 2, 2022, available at https://upjournals.up.ac.za/index.php/strategic_review/article/view/4419.
- F.B. Çelik, *The EU's different faces in climate diplomacy: leadership, interests, and responsibilities*, in *Journal of European Integration*, vol. 44, no. 8, 2022, available at <https://doi.org/10.1080/07036337.2022.2068538>.
- G. Brownlow, *Back to the failure: an analytic narrative of the De Lorean debacle*, in *Business History*, vol. 57, no. 1, 2015, available at <https://doi.org/10.1080/00076791.2014.977875>.
- G.R. Berridge, *Diplomacy: Theory and Practice*, Cham: Palgrave Macmillan, 2022, available at https://doi.org/10.1007/978-3-030-85931-2_1.
- H. Hsiung, *Complete, Accessible, Now: What Is Living and What Is Dead in the Research Library*, in *Journal for the History of Knowledge*, vol. 4, 2023, available at <https://doi.org/10.55283/jhk.12409>.
- J. Jeandesboz, *European border policing: EUROSUR, knowledge, calculation*, in *Global Crime*, vol. 18, no. 3, 2017, available at <https://doi.org/10.1080/17440572.2017.1347043>.
- J. Jeandesboz, P. Pallister-Wilkins, *Crisis, Routine, Consolidation: The Politics of the Mediterranean Migration Crisis*, in *Mediterranean Politics*, vol. 21, n. 2, 2016, available at <https://doi.org/10.1080/13629395.2016.1145825>.
- J. Thomas, S. George, S., P. Buckle Henning, *Resituating expert project managers' praxis within multiple logics of practice*, in *International Journal of Managing Projects in Business*, vol. 5, no. 3, 2012, available at <https://doi.org/10.1108/17538371211235281>.
- J.J. Jäntti, B. Klasche, *'Losing Leverage' in the Neighbourhood: A Cognitive Frame Analysis of the European Union Migration Policy*, in *International Studies*, vol. 58, n. 3, 2021, available at <https://doi.org/10.1177/00208817211030643>.
- K. Eisenack, C. Oberlack, D. Sietz, *Avenues of archetype analysis: roots, achievements, and next steps in sustainability research*, in *Ecology and Society*, vol. 26, n. 2, art. 31, 2021, available at <https://doi.org/10.5751/ES-12484-260231>.
- K. Eisenack, S. Villamayor-Tomas, G. Epstein, C. Kimmich, N. Magliocca, D. Manuel-Navarrete, C. Oberlack, M. Roggero, D. Sietz, *Design and quality criteria for archetype analysis*, in *Ecology and Society*, vol. 24, n. 3, art. 6, 2019, available at <https://doi.org/10.5751/ES-10855-240306>.
- K. Ito, M. Rentetzi, *The co-production of nuclear science and diplomacy: towards a transnational understanding of nuclear things*, in *History and Technology*, vol. 37, n. 1, 2021, available at <https://doi.org/10.1080/07341512.2021.1905462>.
- L. Li, *How to tackle variations in elite interviews: Access, strategies, and power dynamics*, in *Qualitative Research*, vol. 22, no. 6, 2022, available at <https://doi.org/10.1177/1468794121994475>.
- L. Piemontese, R. Neudert, C. Oberlack, S. Pedde, M. Roggero, A. Buchadas, D.A. Martin, R. Orozco, K., Pellowe, A.C., Segnon, L. Zarbá, D. Sietz, *Validity and validation in archetype analysis: practical assessment framework and guidelines*,

in *Environmental Research Letters*, vol. 17, no. 2, 2022, available at <https://doi.org/10.1088/1748-9326/ac4f12>.

M. Buning, *Teaching intellectual property*, in D. Schäfer, A. Mamidipudi, M. Buning (orgs.), *Ownership of Knowledge: Beyond Intellectual Property*, Cambridge, Massachusetts, London, England: The MIT Press, 2023, available at <https://doi.org/10.7551/mitpress/14648.003.0005>.

M. Ratajczak, N. Broś, *Humanitarian Diplomacy: The Case of Switzerland and Sweden*, in *Politeja*, vol. 20, n. 1(82), 2023, available at <https://doi.org/10.12797/Politeja.20.2023.82.08>.

M. Rentetzi, *A Comment on Nuclear Safety and Radiation Protection from a Historian of Science*, in *Cancer Studies and Therapeutics*, vol. 6, n. 2, 2021, available at <https://doi.org/10.31038/CST.2021614>.

M. Rentetzi, *The Global Experiment: How the International Atomic Energy Agency Proved Dosimetry to Be a Techno-Diplomatic Issue*, in *NTM Journal of the History of Science, Technology and Medicine*, vol. 30, 2022, available at <https://doi.org/10.1007/s00048-022-00336-9>.

M. Rentetzi, D. Germanese, *Science diplomacy on display: mobile atomic exhibitions in the cold war: Introduction to Special Issue*, in *Annals of Science*, vol. 80, n. 1, 2023, available at <https://doi.org/10.1080/00033790.2023.2166114>.

M. Rentetzi, M., K. Ito, *The material culture and politics of artifacts in nuclear diplomacy*, in *Centaurus*, vol. 63, n. 2, 2021, available at <https://doi.org/10.1111/1600-0498.12394>.

M.-C. Blanc-Chaléard, M.-C., *Transnationalism and Migration in the Colonial and Postcolonial Context: Emigrants from the Souf Area (Algeria) to Nanterre (France) (1950-2000)*, in N.L. Green, R. Waldinger (orgs.), *A Century of Transnationalism: Immigrants and Their Homeland Connections*, University of Illinois Press, 2016, available at <https://doi.org/10.5406/illinois/9780252040443.003.0010>.

N. Bremberg, S. Borg, *Ambiguous power? A relational approach to how the EU exercises power in Morocco and Tunisia*, in *Journal of International Relations and Development*, vol. 24, 2021, available at <https://doi.org/10.1057/s41268-020-00185-w>.

N. Zepke, L. Leach, *Improving student engagement: Ten proposals for action*, in *Active Learning in Higher Education*, vol. 11, n. 3, 2010, available at <https://doi.org/10.1177/1469787410379680>.

O. Corry, *What's the point of being a discipline? Four disciplinary strategies and the future of International Relations*, in *Cooperation and Conflict*, vol. 57, n. 3, 2022, available at <https://doi.org/10.1177/00108367221098492>.

P. Korom, *How Do Academic Elites March Through Departments? A Comparison of the Most Eminent Economists and Sociologists' Career Trajectories*, in *Minerva*, vol. 58, 2020, available at <https://doi.org/10.1007/s11024-020-09399-1>.

P. Mongin, (2016). *What Are Analytic Narratives?*, in B. Miller, A. Lieto (orgs.), *7th Workshop on Computational Models of Narrative (CMN 2016)*, vol. 53, 2016,

- Dagstuhl: Schloss Dagstuhl--Leibniz-Zentrum fuer Informatik, available at <https://doi.org/10.4230/OASlcs.CMN.2016.13>.
- P. Mongin, *Analytic Narratives*, in C. Diebolt, M. Hauptert, M. (orgs.), *Handbook of Cliometrics*, Berlin, Heidelberg: Springer, 2019, available at https://doi.org/10.1007/978-3-642-40458-0_52-1.
- P. Selg, B. Klasche, J. Nögisto, *Wicked problems and sociology: building a missing bridge through processual relationalism*, in *International Review of Sociology*, 2022, available at <https://doi.org/10.1080/03906701.2022.2035909>.
- P.J. Cardwell, E. Moret, *The EU, sanctions and regional leadership*, in *European Security*, vol. 32, no. 1, 2023, available at <https://doi.org/10.1080/09662839.2022.2085997>.
- R. Carrasco, J. Ruiz-Castillo, *Spatial mobility in elite academic institutions in economics: the case of Spain*, in *SERIEs - Journal of the Spanish Economic Association*, no. 10, 2019, available at <https://doi.org/10.1007/s13209-019-0189-5>.
- R. Wang, K. Eisenack, R. Tan, *Sustainable rural renewal in China: archetypical patterns*, in *Ecology and Society*, vol. 24, n. 3, art. 32, 2019, available at <https://doi.org/10.5751/ES-11069-240332>.
- R.H. Bates, A. Greif, M. Levi, J.-L. Rosenthal, B.R. Weingast, *Introduction*, in *Analytic Narratives*, Princeton University Press, 1998, available at <https://doi.org/10.2307/j.ctv131bwhx.4>.
- R.H. Bates, A. Greif, M. Levi, J.-L. Rosenthal, B.R. Weingast, "The Analytic Narrative Project - Analytic Narratives. By Robert H. Bates, Avner Greif, Margaret Levi, Jean-Laurent Rosenthal, and Barry Weingast. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1998. 296p. \$65.00 Cloth, \$22.95 Paper.", in *American Political Science Review*, vol. 94, no. 3, 2000, available at <https://doi.org/10.2307/2585843>.
- R.S. Natow, *The use of triangulation in qualitative studies employing elite interviews*, in *Qualitative Research*, vol. 20, n. 2, 2020, available at <https://doi.org/10.1177/1468794119830077>.
- S. Eylemer, S., N. Söylemez, *Policy Versus Praxis: Has the European Union Failed to Respond to the Refugee Crisis?*, in *World Affairs*, vol. 183, n. 4, 2020, available at <https://doi.org/10.1177/0043820020966832>.
- S. Gupta, S.W. William, *The Highs and Lows of Interviewing Legal Elites*, in *International Journal of Qualitative Methods*, vol. 21, 2022, available at <https://doi.org/10.1177/16094069221078733>.
- T. McDonald, B. Klasche, B., M. Juutinen, G. Barbieri, G. Rached, *Globalisation by Other Means? Hegemonic Continuance and Rising Powers – A Framework of Analysis*, in *East-West Studies*, vol. 12, 2022, available at <http://publications.tlu.ee/index.php/eastwest/article/view/1120>.
- T. Meszaros, *The French Tradition of Sociology of International Relations: An Overview*, in *The American Sociologist*, vol. 48, 2017, available at <https://doi.org/10.1007/s12108-017-9339-z>.

- T. Salverda, *Elite Culture*, in *The Blackwell Encyclopedia of Sociology*, 2021, available at <https://doi.org/10.1002/9781405165518.wbeose030.pub2>.
- T. Tribaldos, C. Oberlack, F. Schneider, *Impact through participatory research approaches: an archetype analysis*, in *Ecology and Society*, vol. 25, n. 3, art. 15, 2020, available at <https://doi.org/10.5751/ES-11517-250315>.
- T. Weber, C. Van Mol, *The student migration transition: an empirical investigation into the nexus between development and international student migration*, in *Comparative Migration Studies*, vol. 11, no. 5, 2023, <https://doi.org/10.1186/s40878-023-00329-0>.
- Y. Ma, *Academic elites to economic elites? The diversification of Chinese international students*, in *Journal of International Students*, vol. 10, n. 3, 2020, available at <https://doi.org/10.32674/jis.v10i4.2003>.
- Y. Richard, G. Van Hamme, *L'Union européenne, un acteur des relations internationales: Étude géographique de l'actorness européenne. L'Espace géographique*, vol. 42, n. 1, 2013, available at <https://doi.org/10.3917/eg.421.0015>.
- W. Shumar, N. Madison, *Ethnography in a virtual world*, in *Ethnography and Education*, vol. 8, no. 2, 2013, available at <https://doi.org/10.1080/17457823.2013.792513>.
- Z. Šime, *Educational Diplomacy and Latvia: Broadening the Scope of Diplomatic Studies with a Focus on Asia*, in *AEI-Insights: An International Journal of Asia-Europe Relations*, vol. 9, n. 1, 2023a, available at <https://ejournal.um.edu.my/index.php/AEIINSIGHTS/article/view/47967>.
- Z. Šime, *European Science Diplomacy in the Southern Neighbourhood*, available at manuscript under peer review, n.d.a.
- Z. Šime, *European Union Science Diplomacy in the Southern Neighbourhood: Mapping the Field and Plurality of Resilience-Builders*, EU Diplomacy Paper No. 8, Bruges: College of Europe, 2021, available at <https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/EDP%208%202021%20Sime.pdf>.
- Z. Šime, *Participation of Morocco and Tunisia in the European Research Area: Research-Intense Collaborative Patterns Across the European Southern Neighbourhood*, in *European Integration Studies*, n. 17, 2023b, available at <https://doi.org/10.5755/j01.eis.17.33909>.
- Z. Šime, *The Aspiration Towards Centrality in the European Research Area: The European Interest in Bringing the Southern Neighbourhood Into the Picture*, in manuscript under peer review, n.d.b.
- Z. Šime, *The EU and Its Southern Neighborhood Policy: Resilience in the Era of Science Diplomacy*. *Nordicum-Mediterraneum*, vol. 18, n. 1, 2023c, available at <https://nome.unak.is/wordpress/volume-18-no-1-2023/article-double-blind-peer-review-volume-18-no-1-2023/the-eu-and-its-southern-neighborhood-policy-resilience-in-the-era-of-science-diplomacy/>.

Received on 20/12/2023

Approved on 23/02/2024

ESTUDIO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR SOLICITADA POR LA COMISIÓN DE PEQUEÑOS ESTADOS INSULARES SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO Y DERECHO INTERNACIONAL¹

Danilo Garcia Caceres²

RESUMEN: El pasado 21 de mayo de 2024, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar emitió su opinión consultiva en el contexto de las cuestiones sometidas a opinión por la Comisión de los Pequeños Estados Insulares sobre el cambio climático y derecho internacional; dicho dictamen se constituye en referente fundacional para el derecho internacional respecto de las obligaciones de los Estados en materia ambiental y la lucha contra el Cambio Climático en los mares y océanos. Este estudio analiza varios elementos que surgen del dictamen, como la competencia del Tribunal; la aplicabilidad de varios instrumentos de derecho internacional a más de aquellos sobre cambio climático; y, el establecimiento de áreas marinas protegidas como una herramienta ideal para la lucha contra el Cambio Climático en concordancia con los tratados internacionales en Derecho del Mar y en Materia Ambiental.

PALABRAS CLAVE: Opinión Consultiva; Tribunal Internacional Del Derecho Del Mar; Comisión de pequeños Estados Insulares.

1. D. Garcia Caceres, *Estudio de la opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar solicitada por la comisión de pequeños estados insulares sobre cambio climático y derecho internacional*, v. 4, n. 1, 2024, p. xx et seq.
2. Profesor titular de Derecho internacional público en la Universidad Central del Ecuador y en la Universidad Internacional SEK. danilogarciacaceres@hotmail.es / dvgarciac@uce.edu.ec ORCID: 0000-0002-7825-4022.

STUDY OF THE ADVISORY OPINION OF THE INTERNATIONAL COURT OF THE LAW OF THE SEA REQUESTED BY THE COMMISSION OF SMALL ISLAND STATES ON CLIMATE CHANGE AND INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT: On May 21, 2024, the International Tribunal for the Law of the Sea issued its advisory opinion in the context of the issues submitted for opinion by the Commission of Small Island States on climate change and international law; This opinion constitutes a foundational reference for international law regarding the obligations of States in environmental matters and the fight against Climate Change in the seas and oceans. This study analyzes several elements that arise from the ruling, such as the jurisdiction of the Court; the applicability of various international law instruments beyond those on climate change; and, the establishment of marine protected areas as an ideal tool for the fight against Climate Change in accordance with international treaties on the Law of the Sea and Environmental Matters.

KEYWORDS: Advisory Opinion; International Tribunal for the Law of the Sea; Commission of Small Island States.

ÍNDICE: Introducción; 1. El Tribunal Internacional del Derecho Del Mar y su rol histórico frente al cambio climático; 1.1 Competencia y alcance del Tribunal Internacional del Derecho del Mar; 1.2 Contextualización histórico-jurídica de la presentación de opinión consultiva; 2. Reglas de interpretación y evolución del derecho internacional a partir de la opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar; 2.1 La evolución del Derecho Internacional y las obligaciones de los estados a partir de la opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar; 2.2 El reconocimiento progresivo del estatus de las áreas marinas protegidas en el Derecho Internacional y en el derecho de la Unión Europea como herramientas de gestión; Consideraciones Finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) estableció un hito histórico, al emitir una opinión consultiva el 21 de mayo de 2024, en el contexto de las cuestiones sometidas a opinión por la Comisión de los Pequeños Estados Insulares sobre el cambio cli-

mático y derecho internacional (Comisión de los Pequeños Estados Insulares sobre el Cambio Climático y el Derecho Internacional).

En efecto, este dictamen fundacional para el derecho internacional respecto de las obligaciones de los Estados con el objetivo de no agravar o intensificar los efectos negativos del cambio climático en los mares y océanos.

A este efecto, el presente estudio analiza algunos elementos que surgen del dictamen, tales como: La competencia del TIDM para emitir su opinión y dictamen; El TIDM considera que son aplicables varios instrumentos de derecho internacional y no sólo los tratados internacionales sobre cambio climático; La investigación científica es fundamental para ajustar el comportamiento de los actores públicos y privados; Las emisiones de Gas a Efecto Invernadero (GEI) son altamente contaminantes en el sentido de la Convención de las naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM)³ y los tratados internacionales contra el Cambio Climático.

Se analiza también, de qué manera de esta opinión surgen al menos 15 obligaciones para los Estados, incluida la de "Debida diligencia".

Así también, se analiza de qué manera el enfoque "precautorio" es fundamental al establecer estas obligaciones, porque precisamente el riesgo reconocido es irreversible. El enfoque ecosistémico es necesario para el establecimiento de herramientas de gestión ambiental de los mares y océanos, tales como las Áreas Marinas Protegidas.

3. Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), de 10 de diciembre de 1982.

1. EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR Y SU ROL HISTÓRICO FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO

Históricamente, el 12 de diciembre de 2022 la Comisión de Pequeños Estados Insulares sobre Cambio Climático y Derecho Internacional presentó una solicitud de opinión consultiva al Tribunal Internacional del Derecho del Mar sobre las obligaciones específicas de los Estados Partes de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Derecho del Mar ante los efectos nocivos que tiene o puede tener el cambio climático⁴.

El TIDM analizó integralmente los factores solicitados e integra instrumentos jurídicos de Derecho Internacional, así como estándares climáticos que permiten determinar en gran medida la interpretación de los elementos bióticos y abióticos de los medios marinos; así como, las obligaciones de las Partes de la CNUDM, en un contexto de cambios climáticos. En este sentido es necesario analizar la competencia y alcance del TIDM (1.1) para identificar adecuadamente la contextualización histórico-jurídica de la presentación de Opinión Consultiva (1.2).

1.1 Competencia y alcance del Tribunal Internacional del Derecho del Mar

En este punto es necesario analizar si el Tribunal internacional del Derecho del Mar tiene efectivamente la competencia para

4. Entre los efectos nocivos que tiene o puede provocar el cambio climático en los mares y océanos tenemos el aumento de las temperaturas de los océanos; aumento del nivel del mar; acidificación de mares y océanos; lo que modifica los ecosistemas y dificulta la supervivencia de la biodiversidad marina, entre otros efectos.

conocer el pedido. Así pues, es menester considerar si tiene competencia para dar la opinión consultiva solicitada por la Comisión y, de ser así, si existe alguna razón por la cual el TIDM debería o no negarse a responder el pedido.

La competencia del Tribunal para emitir una opinión consultiva se basa en el artículo 21 de su Estatuto, misma que dice lo siguiente: “El Tribunal es competente para todas las controversias y solicitudes que se le presenten de conformidad con el Convenio y siempre que así esté expresamente previsto en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal”.

E el caso de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesca (CSRP)⁵ el TIDM declaró que su competencia incluía tres elementos: i) todas las “controversias” que se presenten al Tribunal de conformidad con la Convención; ii) todas las “solicitudes” que se presenten al Tribunal de conformidad con la Convención; y, iii) “todos los asuntos” estén expresamente previstos en cualquier otro acuerdo que confiera jurisdicción al Tribunal.

Por ende, el TIDM se declara totalmente competente para conocer de este pedido y de esta manera es competente también para emitir su opinión sobre el tema presentado en consulta.

1.2 Contextualización histórico-jurídica de la presentación de opinión consultiva

La Comisión de Pequeños Estados Insulares sobre Cambio Climático y Derecho Internacional fue establecida el 31 de octubre

5. Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesca, opinión consultiva, de 2 de abril de 2015, p. 21, para. 54.

de 2021 de conformidad con el Acuerdo para el Establecimiento de la Comisión de los Pequeños Estados Insulares sobre Cambio Climático y Derecho Internacional. Un año después, en reunión celebrada el 26 de agosto de 2022, dicha Comisión decidió someter a opinión consultiva al Tribunal Internacional del Derecho del Mar varias cuestiones jurídicas que fueron presentadas formalmente el 12 de diciembre de 2022.

La solicitud de opinión consultiva ante el TIDM contenía las siguientes cuestiones jurídicas:

¿Cuáles son las obligaciones específicas de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), en particular en virtud de la Parte XII?

Frente a esta pregunta el análisis prosiguió respecto de los siguientes acápite:

a) prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, habida cuenta de los efectos nocivos que tiene o puede tener el cambio climático, en particular mediante el calentamiento de los océanos y el aumento del nivel del mar, y a la acidificación de los océanos, que es causada.

¿Cuáles son las obligaciones específicas de los Estados Partes a la CNUDM por las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero a la atmósfera?

Así pues, del estudio pormenorizado y puntual, el TIDM resalta la obligación de (b) proteger y preservar el medio marino en vista de los impactos del cambio climático, incluido el calentamiento y el aumento del nivel del mar, y la acidificación de los océanos.

Esta decisión fue adoptada de conformidad con el artículo 2, párrafo 2, del Acuerdo, según el cual "la Comisión está autorizada a solicitar opiniones consultivas del TIDM sobre cualquier cuestión jurídica que surja en virtud del Convenio de las Naciones Unidas de 1982". Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en cumplimiento del artículo 21 del Estatuto TIDM y del artículo 138 de su Reglamento".

Cronológicamente, mediante carta de fecha 12 de diciembre de 2022, los Copresidentes de la Comisión, S.E. Gastón Browne, Primer ministro de Antigua y Barbuda, y S.E. Kausea Natano, Primer Ministro de Tuvalu, en representación de la Comisión de conformidad con el párrafo 3 del artículo. 3, del Acuerdo, transmitieron la solicitud de opinión consultiva al TIDM.

La solicitud de opinión consultiva de la Comisión se ha incluido en el expediente del Tribunal Internacional del Derecho del Mar como Caso No. 31. Analizando el artículo 21 del Estatuto TIDM y el artículo 138 de su Reglamento, el TIDM podrá emitir una opinión consultiva sobre una cuestión jurídica en la medida en que un acuerdo internacional relativo a los propósitos de la Convención establezca expresamente que se presente al Tribunal una solicitud de dicha opinión. La solicitud de opinión consultiva será transmitida al Tribunal por cualquier organismo que haya sido autorizado al efecto por el presente acuerdo o en virtud del mismo.⁶

En este sentido, el artículo 2, apartado 2, del Acuerdo COSIS dice lo siguiente:

6. Tribunal Internacional del Derecho del Mar. *Comunicado de prensa ITLOS/ Press 327*, de 12 diciembre de 2022, disponible en https://www.itlos.org/file-admin/itlos/documents/press_releases_french/PR_327_FR.pdf.

Teniendo en cuenta la importancia fundamental de los océanos como sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero y la relación directa entre el medio marino y los efectos del cambio climático en los pequeños Estados insulares, la Comisión está autorizada a solicitar opiniones consultivas del TIDM⁷ sobre cualquier cuestión jurídica incluida en la CNUDM de 1982.

El TIDM consideró que, al autorizar a la Comisión a solicitar opiniones consultivas del Tribunal, el Acuerdo COSIS “confiere jurisdicción al Tribunal” en el sentido del Artículo 21 del Estatuto.

Por lo tanto, el artículo 21 del Estatuto y el Acuerdo COSIS confiere competencia al TIDM y constituye pues, la base jurídica de la competencia consultiva del TIDM en el presente caso⁸.

2. REGLAS DE INTERPRETACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL A PARTIR DE LA OPINIÓN CONSULTIVA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR

Habiendo examinado la cuestión del derecho aplicable, el TIDM una vez analizado el contexto jurídico aplicable en Derecho Internacional, orientó su estudio a la cuestión de la interpretación de la CNUDM y su relación con otras normas del derecho internacional⁹.

Las preguntas planteadas por la Comisión al TIDM se relacionan con la interpretación misma de la CNUDM, por lo que, se debe

7. Agreement for the establishment of the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, de 31 de octubre de 2021, Art. 2, apartado 2.
8. Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *solicitud de opinión consulta presentada por la comisión de pequeños estados insulares sobre cambio climático y derecho internacional*, de 21 de mayo de 2024.
9. Las normas del derecho internacional complementarias al CNUDM son aquellas llamadas normas externas.

observar las normas que rigen la interpretación de los tratados, es decir, las normas codificadas en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, por lo tanto, forman parte del derecho aplicable para desarrollar la Opinión Consultiva en mención.

La regla general de interpretación de los tratados determina¹⁰

Sección Tercera. Interpretación de los tratados. Art. 31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

2.1. La evolución del Derecho Internacional y las obligaciones de los estados a partir de la opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar

Entre las obligaciones de los Estados tenemos aquellas que directamente eclosionan del CNUDM, a saber, aquellas establecidas en la Parte XII de la CNUDM y aquellas respecto de la contaminación marina.

10. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969. Art. 31.

Así también, encontramos aquellas obligaciones aplicables a todas las fuentes de contaminación en virtud del artículo 194 del CNUDM, tales como:

- » La obligación derivada del artículo 194, párrafo 1, del Convenio
- » La obligación derivada del artículo 194, párrafo 2, del Convenio
- » Las obligaciones aplicables a las fuentes contaminación específica
- » Las obligaciones de adoptar una legislación y normas jurídicas acorde con los estándares nacionales e internacional
- » La obligación de ejecución y otras obligaciones, como: la cooperación global y regional; el soporte técnico; la vigilancia continua y evaluación ecológica.
- » Las obligaciones de proteger y preservar el medio marino en vista de los efectos del cambio climático y la acidificación de los océanos.
- » La obligación derivada del artículo 192 de la CNUDM.
- » La obligación derivada del artículo 194, párrafo 5 de la CNUDM.

Por otra parte, la CNUDM aclara la relación de la Parte XII de la Convención con otros tratados relacionados con la protección y preservación del medio marino¹¹.

Específicamente, el artículo 237 del CNUDM refleja la necesidad de coherencia entre las normas jurídicas de Derecho internacional del Mar, esto es: entre la Parte XII de la CNUDM y las obligaciones particulares de los Estados derivadas de convenciones otros tratados internacionales de Derecho Internacional Público.

OBLIGACIONES CONTRAIDAS EN VIRTUD DE OTRAS CONVENCIONES SOBRE PROTECCION Y CONSERVACION DEL MEDIO MARINO.

11. CNUDM, *cit.*, Art. 237.

Art. 237.- Obligaciones contraídas en virtud de otras convenciones sobre protección y preservación del medio marino

1. Las disposiciones de esta Parte no afectarán a las obligaciones específicas contraídas por los Estados en virtud de convenciones y acuerdos especiales celebrados anteriormente sobre la protección y preservación del medio marino, ni a los acuerdos que puedan celebrarse para promover los principios generales de esa Convención.

2. Las obligaciones específicas contraídas por los Estados, en virtud de convenciones especiales con respecto a la protección y preservación del medio marino, deben cumplirse de manera compatible con los principios y objetivos generales de esta Convención.

Así también, en el párrafo 135 de la Opinión consultiva del TIDM se refiere al análisis sobre el artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena¹², en exige que se tengan en cuenta, junto con el contexto, cualquiera norma pertinente de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las Partes.

Tal como se describe en la Opinión Consultiva, este método de interpretación garantiza, como ha observado la Corte Internacional de Justicia, que los tratados no produzcan efectos de forma aislada, sino que sean “interpretados y aplicados dentro del marco de todo el sistema jurídico en vigor en el momento en que se produce la interpretación”¹³.

12. Convención de Viena, *cit.*, art.31, para. 3. c). Juntamente al contexto se deberá tomar en cuenta que: “c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

13. A. Pigrau I Solé, *El proceso de libre determinación de Namibia*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 42, n. 1, 1990, p. 43 et seq. Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental) a pesar de la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, Opinión Consultiva, C.I.J. Reporte 1971, p. 31, párrafo 53. La expresión “cualquier norma pertinente de derecho internacional” incluye las normas pertinentes del derecho convencional y las del derecho consuetudinario.

2.2. El reconocimiento progresivo del estatus de las áreas marinas protegidas en el Derecho Internacional y en el Derecho de la Unión Europea como herramientas de gestión¹⁴

Actualmente, más del 80% de las AMP en el mundo designadas como tales no están realmente sujetas a una gestión real y a la implementación de planes de acción efectivos para una protección efectiva.¹⁵ Una de las consecuencias directas de estos fracasos es que los procesos ecológicos y los servicios ecosistémicos no están garantizados, por lo que tanto la comunidad internacional como los organismos internacionales han favorecido un cierto número de medidas legales y sociales a favor de la colaboración y la aplicación del derecho ambiental.¹⁶

De hecho, el derecho internacional ha llevado recientemente a un fortalecimiento de la protección de los derechos ambientales en todas las áreas, incluidas las áreas marinas protegidas. "Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el medio marino se caracteriza por la creciente presencia del derecho internacional

14. D. V. García Cáceres, *La conservation des milieux marins en droit international et droit de l'union européenne*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, Paris, 2018.

15. De acuerdo con WWF: "Una vez declarada una AMP, los bonitos mapas coloridos no importan si no hay planes de gestión que integren medidas adecuadas para proteger las instalaciones. WWF estima que el 80% de las AMP del mundo no están bien gestionadas, lo que limita su protección sólo de nombre. Consultado en la web oficial de WWF España: http://www.wwf.es/que_hacemos/mares_y_costas/nuestras_soluciones/areas_marinas_protegidas/ el 23 de mayo de 2024.

16. A. Herrero de La Fuente, *Le droit à la protection de l'environnement. Concernant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*,. Contribución registrada en el marco del "debate público sobre el futuro de Europa". España, 2001, p. 6.

y del derecho de la Unión Europea en su protección”,¹⁷ y esta presencia creciente ha marcado un importante avance en los sistemas jurídicos internos de los Estados, particularmente en lo que respecta al respeto de los derechos de los Estados ribereños en el ejercicio de su soberanía.

Particularmente destacable es la considerable evolución de las obligaciones de los Estados en materia de conservación de estas áreas marinas cuya importancia va más allá de los límites de la protección ambiental para las generaciones presentes y futuras apegada al principio de “desarrollo sostenible”¹⁸ es uno de los pilares de un proceso encaminado a garantizar los derechos humanos de manera duradera.

El objetivo principal de las AMP es “proteger, conservar y restaurar especies, hábitats y procesos ecológicos que han sido afectados debido a diversas actividades humanas”¹⁹. El objetivo de estas áreas no es, por tanto, sólo proteger y restaurar el medio marino, sino evitar la degradación y el daño a las especies adyacentes, a los hábitats y a los procesos ecológicos conocidos o desconocidos,

17. El Dr. Herrero sostiene que en lo que respecta a la evolución del derecho ambiental, “el derecho internacional ha estado por delante del derecho interno de los estados”. A. Herrero de La Fuente, *El derecho a la protección del medio ambiente. De la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Contribución registrada en el marco del “debate público sobre el futuro de Europa”. España, 2001, p. 4.

18. Se denomina desarrollo sostenible al “desarrollo que es capaz de satisfacer las necesidades actuales sin comprometer los recursos y oportunidades de las generaciones futuras”, este concepto fue introducido en el informe de la Comisión Brundtland, para preparar la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro en 1992.

19. WWF-España, *Conservando nuestros paraísos*, Propuesta de red de espacios marinos protegidos representativos de España. Ed WWF en Madrid. España, 2005, p. 3.

ricos o no, etc. Esta protección relacionada también se refiere a la noción de desarrollo sostenible.

Para estudiar este fenómeno multidisciplinar que constituye la gestión y conservación del medio marino, parece necesario aclarar los diferentes términos de derecho internacional utilizados en esta investigación. De hecho, nos referiremos a las definiciones citadas en los distintos protocolos relativos a las zonas especialmente protegidas y a la diversidad biológica en el Mediterráneo.²⁰

- » **La diversidad biológica** se refiere a la variabilidad de los organismos vivos de todos los orígenes incluidos, entre otros, los ecosistemas marinos y otros ecosistemas acuáticos, así como los complejos ecológicos de los que forman parte; Por lo tanto, esto se refiere a la diversidad dentro de las especies, entre especies y entre ecosistemas²¹.
- » **Especies en peligro de extinción** son especies que se encuentran en peligro de extinción o desaparición en todo o parte de su territorio²².
- » **Las especies endémicas** son especies cuya presencia se limita a un área geográfica limitada²³.
- » **Las especies amenazadas** son especies que probablemente desaparecerán en un futuro previsible en todo o parte de su territorio y cuya supervivencia es poco probable si con-

20. Estas definiciones fueron tomadas del Artículo 1 del Protocolo relativo a las Zonas Especialmente Protegidas y la Diversidad Biológica en el Mediterráneo. Diario Oficial de la Unión Europea N° L 322 de 14 de diciembre de 1999, p. 003-0017.

21. Protocolo relativo a las zonas especialmente protegidas y a la diversidad biológica en el Mediterráneo. Diario Oficial de la Unión Europea n. L 322, de 14 de diciembre de 1999. Art. 1, p. 04.

22. Protocolo relativo a las zonas especialmente protegidas y a la diversidad biológica en el Mediterráneo, *cit.*, Art. 1, p. 04.

23. Protocolo relativo a las zonas especialmente protegidas y a la diversidad biológica en el Mediterráneo, *cit.*, Art.1, p. 05.

tinúan los factores de disminución numérica o degradación de su hábitat²⁴.

- » **El estado de conservación de una especie** se refiere a la suma de influencias que actúan sobre la especie y pueden influir en su distribución y abundancia a lo largo del tiempo²⁵.

La elaboración de estas definiciones jurídicas relativas a cuestiones ambientales es el resultado de un largo proceso de más de veinte años, cuyo punto de partida es la concienciación por parte de la comunidad internacional de los valores económicos, sociales y culturales del medio marino y su importancia para la salud humana, así como su deber de preservar este patrimonio común en beneficio de las generaciones actuales y futuras²⁶. Es en este sentido en particular que las partes contratantes del Convenio de Barcelona han destacado la necesidad de cooperación entre los Estados y las organizaciones internacionales para proteger el medio marino del Mar Mediterráneo.

Más específicamente, nos centraremos en el estatus legal de las AMP en España y Francia. Como se ha visto anteriormente, el concepto de AMP se creó en España como una de las categorías de clasificación de espacios naturales protegidos por la Ley 42/2007.²⁷

24. Protocolo relativo a las zonas especialmente protegidas y a la diversidad biológica en el Mediterráneo, *cit.*, Art.1, p. 05.

25. Protocolo relativo a las zonas especialmente protegidas y a la diversidad biológica en el Mediterráneo, *cit.*, Art.1, p. 05.

26. Estas declaraciones, entre otras, fueron presentadas en el preámbulo del Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación (Convenio de Barcelona). Diario Oficial de la Unión Europea N° L 240 de 19 de septiembre de 1977, p. 03 *et seq.* edición especial, cap. 15, vol. 2, p. 05 *et seq.* disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21976A0216\(01\):ES:HTML..](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21976A0216(01):ES:HTML..)

27. España, Ley n. 42/2007, de 13 de diciembre de 2007, Art. 29 *et seq.*

Ley 41/2010²⁸ estableció entonces oficialmente la red de espacios marinos protegidos de España (conocida como RAMPE) que regula y establece los objetivos que el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de España (MAGRAMA) deberá intentar alcanzar²⁹. El MAGRAMA señala que la gestión de las AMP, como categoría específica de área protegida, es competencia del Estado y que su gestión debe ser coordinada por el Consejo Consultivo de Medio Ambiente y la Conferencia Sectorial de Pesca³⁰.

Según la organización no gubernamental internacional WWF, Francia y España son Estados que se benefician de una de las biodiversidades marinas más ricas de Europa. Sin embargo, a diferencia de Francia, España parece ser "extremadamente pobre" en términos de declaración de AMP, dada la riqueza de su territorio marino en el Mediterráneo. De hecho, sólo menos del 1% de su superficie está cubierta por algún tipo de protección³¹. En 2011, el AMP denominado "El Cachucho" fue declarado la primera zona marina protegida de España, sin embargo, no se encuentra en el Mediterráneo, sino en la costa atlántica³².

28. España, Ley n. 41/2010, de 13 de diciembre de 2010, Art. 04 *et seq.*

29. Ministerio de Agricultura, *Alimentación y Medio Ambiente de España* (MAGRAMA), disponible en <http://www.magrama.gob.es/es/costas/temas/biodiversidad-marina/espacios-marinos-protegidos/red-arreas-marinas/red-rampe-index.aspx>.

30. España, Ley n. 41/2010, de 13 de diciembre de 2010, *cit.*, p. 108464 *et seq.*

31. WWF-España, *Falta de áreas marinas protegidas, Las áreas marinas protegidas en España son extremadamente limitadas en número y tamaño en comparación con el gran territorio bajo su jurisdicción*, disponible en http://www.wwf.es/que_hacemos/mares_y_costas/problemas/falta_de_areas_marinas_protegidas/.

32. La declaración fue realizada por el Consejo de Ministros de España, con la aprobación del Real Decreto n° 1629, de 14 de noviembre de 2011. Esta zona de importancia comunitaria está situada en el mar Cantábrico, a 65 kilómetros de Ribadesella en Asturias. Fue declarada zona especial de conservaci-

Hoy corresponde a cada Estado identificar y desarrollar estrategias para cada una de sus AMP, "independientemente del nombre con el que fueron declaradas"³³, y ello en función de sus necesidades y compromisos, que pueden basarse en motivaciones muy diversas: se puede poner de relieve el potencial de biodiversidad y la riqueza natural de un área limitada, así como las exigencias en términos de paisaje y ordenación del territorio, o simplemente, para cumplir sus compromisos legales en los convenios internacionales ratificados.

Sin embargo, varios autores coinciden en que estas declaraciones se basan en dos tipos principales de motivaciones: la protección de los recursos pesqueros, así como la garantía de la pesca y la conservación³⁴. Sí, "comparemos el diseño de redes de reservas marinas por dos diferencias, dos objetivos comunes declarados: (1) mantener un alto rendimiento en la pesca y (2) conservación de la biodiversidad, en un marco idealizado utilizando modelos simples", de esta manera, se podría enfocar de mejor manera una eficiente clasificación de áreas marinas protegidas como herramienta de lucha contra el cambio climático.

CONSIDERACIONES FINALES

Seguir el estudio completo de esta opinión consultiva histórica es un gran paso para contribuir con la conservación de los mares

ón (ZEC) de la red Natura 2000, y desde 2009 forma parte de la red de áreas marinas protegidas en el Convenio OSPAR.

33. La explicación de los diferentes nombres utilizados para las áreas protegidas y los conceptos de AMP se detallaron en la primera parte del capítulo 1 de este estudio.
34. A. Hastings, y L. W. Botsford, *Comparación de diseños de reservas marinas para la pesca y para la biodiversidad*", Ecológico. Appl.13, Reino Unido, 2003, p. 65 et seq.

y océanos. Por unanimidad la comunidad internacional debemos enfocar este triunfo histórico como una respuesta positiva para el Derecho Internacional; dicho dictamen se constituye en referente fundacional para el derecho internacional respecto de las obligaciones de los Estados en materia ambiental y la lucha contra el Cambio Climático en los mares y océanos.

El análisis de la Opinión Consultiva solicitada al TIDM tuvo grandes desafíos, comenzando por el establecimiento de la competencia misma del Tribunal; la aplicabilidad de varios instrumentos de derecho internacional a más de aquellos sobre cambio climático; y, el establecimiento de áreas marinas protegidas como una herramienta ideal para la lucha contra el Cambio Climático en concordancia con los tratados internacionales en Derecho del Mar y en Materia Ambiental.

Luego del análisis se concluye también, que al menos 15 obligaciones fueron identificadas para los Estados frente a la lucha contra el Cambio climático, incluida la de "Debida diligencia"; Así también, se concluye que el enfoque "precautorio" es fundamental al establecer estas obligaciones, porque precisamente el riesgo reconocido es alto, permanente e irreversible.

El enfoque ecosistémico es necesario para el establecimiento de herramientas de gestión ambiental de los mares y océanos, tales como las Áreas Marinas Protegidas, que constituyen sin dudas, un gran paso para la protección ecosistémica de todo nuestro planeta contra las emisiones de Gas a Efecto Invernadero.

REFERENCIAS

A. Hastings, y L. W. Botsford, *Comparación de diseños de reservas marinas para la pesca y para la biodiversidad*, Ecológico. Appl.13, Reino Unido, 2003.

A. Herrero de La Fuente, *El derecho a la protección del medio ambiente. De la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Contribución registrada en el marco del "debate público sobre el futuro de Europa". España, 2001.

A. Pigrau I Solé, *El proceso de libre determinación de Namibia*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 42, n. 1, 1990.

A. Herrero de La Fuente, *Le droit à la protection de l'environnement. Concernant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.*, Contribución registrada en el marco del "debate público sobre el futuro de Europa". España, 2001.

Agreement for the establishment of the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, de 31 de octubre de 2021.

Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), de 10 de diciembre de 1982.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969.

Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación (Convenio de Barcelona). Diario Oficial de la Unión Europea N° L 240, de 19 de septiembre de 1977, p. 03 et seq, edición especial, cap. 15, vol. 2, p. 05 et seq, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21976A0216\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21976A0216(01):ES:HTML).

D. V. García Cáceres, *La conservation des milieux marins en droit international et droit de l'union européenne*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, Paris, 2018.

España, Ley n. 41/2010, de 13 de diciembre de 2010.

España, Ley n. 42/2007, de 13 de diciembre de 2007.

Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de España (MAGRAMA), disponible en <http://www.magrama.gob.es/es/costas/temas/biodiversidad-marina/espacios-marinos-prottegidos/red-arreas-marinas/red-rampe-index.aspx>.

Protocolo relativo a las zonas especialmente protegidas y a la diversidad biológica en el Mediterráneo. Diario Oficial de la Unión Europea n. L 322, de 14 de diciembre de 1999.

Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesca, opinión consultiva, de 2 de abril de 2015.

Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *solicitud de opinión consulta presentada por la comisión de pequeños estados insulares sobre cambio climático y derecho internacional*, de 21 de mayo de 2024.

Tribunal Internacional del Derecho del Mar. *Comunicado de prensa ITLOS/Press 327*, de 12 diciembre de 2022, disponible en https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/press_releases_french/PR_327_FR.pdf.

WWF-España, *Conservando nuestros paraísos*, Propuesta de red de espacios marinos protegidos representativos de España. Ed WWF en Madrid. España, 2005.

WWF-España, *Falta de áreas marinas protegidas*, *Las áreas marinas protegidas en España son extremadamente limitadas en número y tamaño en comparación con el gran territorio bajo su jurisdicción*, disponible en http://www.wwf.es/que_hacemos/mares_y_costas/problemas/falta_de_areas_marinas_protegidas/.

Received on 20/04/2024

Approved on 25/05/2024



INTERVIEW

ACCESS TO PUBLIC INFORMATION IN THE AMERICAS¹

Interview with Dante M. Negro Alvarado²

Director of the Department of International Law of the Organization of American States (OAS) and Technical Secretary of the Inter-American Juridical Committee

*Naiara Posenato*³

Naiara Posenato (NP): We extend our gratitude once again for your presence and participation at the VII Meeting of the Jean Monnet Network BRIDGE, Rule of Law in Latin America and Europe. The primary objective of this interview is to provide you with an opportunity to elaborate on the general ideas presented in your paper, thereby creating a written record of the significant message you have imparted.

As is well-known, the Right to Access of Public Information and the transparency are fundamental to the maintenance of the Rule

1. N. Posenato, *Access to Public Information in the Americas: Interview with Dante M. Negro Alvarado*, in *Latin American Journal of European Studies*, v. 4, n. 1, 2024, p. 279 *et seq.*
2. Director of International Law Department since 2006 at the Organization of American States, United States of America, technical secretary of the Inter-American Juridical Committee at the Organization of American States, United States of America; Master of International Law and Human Rights from University of Notre Dame du Lac, United States of America. This interview was conducted on March 25, 2024, during the VII Jean Monnet Network Bridge Seminar that took place at Federal University of Santa Catarina
3. Associate Professor of Comparative Law at University of Milan (La Statale), Italy.

of law. These guarantees ensure that citizens are empowered to actively participate in their governance by providing them the necessary tools to scrutinize government actions and hold public officials accountable. Transparency in governmental operations fosters an environment where corruption is less likely to flourish, and decisions are made in the public interest. Access to Public information also reinforces legal frameworks by ensuring that laws are applied consistently and fairly, thus upholding the rule of law. In essence, they are not only pivotal in enhancing citizen engagement and trust in governmental institutions but are also critical in ensuring that power is exercised responsibly and ethically within a state.

Considering these premises, what is the recognized legal nature of the right to access information within the specific context of Latin American states?

Dante M. Negro Alvarado (DA): The right of access to public information has been recognized in most countries in our region, in some cases at the constitutional level. However, the status of the norm recognizing this right and the content, nature and scope of the right itself vary from country to country.

If we rather focus on the way in which access to public information has been treated or recognized within the Organization of American States (OAS), we must inevitably take as reference both the annual resolutions of the General Assembly, the highest organ of the system, and, in particular, the principles and model laws prepared by another organ of the Organization, the Inter-American Juridical Committee (CJI). The CJI is the advisory body of the OAS

on legal matters and has a high level of reputation as it is made up of eleven of the most renowned jurists in the region. Its purpose is the codification and progressive development of international law.

In that sense, we must begin by acknowledging that the OAS General Assembly never recognized access to public information as an autonomous right. In its first resolutions dating back to the beginning of this century, the General Assembly recognized that “everyone has the **freedom** to seek, receive, access and impart information” and that “States must respect and ensure respect for the access of all persons to public information.”

Many years later, in 2016, the General Assembly still did not use the word “right”. That year, it established that “both access to public information and the protection of personal data are **fundamental values** that must always work in harmony. A year later, in 2017, it pointed out that “access to public information and the protection of personal data work complementarily for effective citizen participation....” As we can see, the General Assembly has avoided over the years expressly considering access to public information as a right and rather, on some occasions, has qualified it as an **indispensable requirement** for the very functioning of democracy or also as an **indispensable requirement** for the full exercise of human rights.

It is the aforementioned CJI that, after some years of studying the issue, has come to qualify it as a **fundamental human right**. More recently, in the 2020 Inter-American Model Law 2.0 on Access to Public Information, it also referred to the multiple content of that right.

Thus, the Model Law provides that anyone who requests information has the following rights: to make requests anonymously and without justification; to be informed whether or not the public authority is in possession of the documents containing the requested information, or from which such information may be derived; to be provided with such information in an expeditious manner; to appeal the failure to deliver if such information is not provided; to obtain information free of charge or at a cost not exceeding that generated by the reproduction of the documents; and, to not be subject to discrimination based on the nature of the request.

We should add that, while it is true that the Inter-American Court of Human Rights, in the famous case of *Claude Reyes v. Chile* (2006), described access to public information as a fundamental human right derived from the right to freedom of expression, the Court is not an organ of the OAS, nor have all the Member States of the Organization ratified the American Convention on Human Rights, under which they can accept the contentious jurisdiction of the Court. Hence, the scope of its postulates cannot necessarily be applied to the entire region.

The above notwithstanding, the truth is that many countries of the continent have already recognized the right of access to public information in their domestic systems, and many of them have done so as a fundamental human right, precisely in light of the importance that was given to it as a legal institution within the Organization of American States.

NP: The relationship between the rule of law and democracy is also well-documented and has been the subject of analysis by some of the most eminent contemporary thinkers. In your view, what would be the relationship between the right to access public information and democracy?

DA: I believe that, in order to better understand the relationship between the right of access to public information and democracy, we must begin by explaining the relevance of representative democracy as a concept for the Inter-American System.

Article 2 of the Charter of the Organization of American States states that, in order to realize the principles on which it is founded and to comply with its regional obligations under the Charter of the United Nations, it establishes as one of its essential purposes the promotion and consolidation of representative democracy within the principle of non-intervention.

It is precisely this express limitation, that of the principle of non-intervention, that underscores the importance of consolidating the elements that make up democratic regimes and of doing so in a concerted manner, so that the Member States of the Organization feel part of this process of consolidation.

One of the legal instruments that achieve this purpose is the Inter-American Democratic Charter (CDI in Spanish). Despite its name, it is not a legally binding treaty that establishes hard-law obligations for States. Rather, it is a resolution of the OAS General Assembly. To a large extent, then, it is soft law, but with an inter-

esting feature: the CDI was adopted by consensus in 2001. Hence its relevance.

The CDI highlights several elements and values that can be achieved on the basis of an effective exercise of the right of access to public information. Thus, for example, the CDI establishes that representative democracy is reinforced and guaranteed with the permanent, ethical and responsible participation of citizens within a framework of legality in accordance with the respective constitutional order. It is evident that a tool that greatly facilitates such citizen participation is precisely access to public information.

The CDI also recognized a number of essential elements of representative democracy that are closely related to the right of access to public information, since this right guarantees the effective realization of those rights, namely, respect for human rights and fundamental freedoms; the exercise of power subject to the rule of law; and, the holding of regular, free and fair elections. The CDI also enshrines what are understood to be the fundamental components of the exercise of democracy, several of which can be crystallized through the effective exercise of the right of access to information, such as transparency of government activities, probity, the accountability of governments in public administration, and freedom of expression and of the press.

Finally, article 6 of the CDI provides that citizen participation in decisions concerning their own development is a right and a responsibility and that such citizen participation is a necessary condition for the full and effective exercise of democracy. The CDI noted that promoting and encouraging various forms of participa-

tion strengthened democracy. Indeed, access to public information facilitates and guarantees such participation.

I could point out innumerable advantages that the right of access to public information brings, which in turn are closely related to the promotion and consolidation of democracy. This right allows us to know the information held by the State, and allows us to know the functions, attributions and activities of public officials, as well as the way in which they administer the resources generated by our taxes. This increases the levels of transparency and responsibility through effective accountability, which in turn generates something very important: trust in public institutions. This, in turn, makes it possible to fight more effectively against corruption, one of the main threats to the economic and social development of our countries. Public officials, knowing that their management will eventually be evaluated and potentially held to public scrutiny, will have to maintain, almost spontaneously, an efficient system of public management, an indispensable factor for effective governance of the State. Access to public information can also be considered as a prerequisite for the exercise of other rights, such as our political rights. Thus, a well-informed citizenry will be able to make responsible and informed political decisions.

On the other hand, access to public information promotes open competition, investment and, therefore, economic growth in a country. In particular, information on public programs that impact the progress of societies allows for greater participation in both management and decision-making in a more technical and qualified way.

Finally, information empowers. Access to certain types of public information makes it possible to better promote the rights of certain sectors of the population such as women, indigenous peoples, persons with disabilities, migrants, among others. It also makes it easier for members of these groups to gain agency and strengthens their capacity for self help. With the development of this institution over the years, the concept of active transparency has been strengthened, which establishes the duty of public authorities to proactively disseminate certain types of information of particular interest to these sectors without having to mediate a specific request.

As we can see, then, the relationship between the right of access to public information and democracy is not only close, but also intrinsic. This means that, without an appropriate legal framework for access to public information, one of the fundamental components of democracy would be in jeopardy and we would not be able to speak of a full democracy.

NP: What are the initiatives that the OAS is developing in this area?

DA: The OAS has recently completed one of the most important chapters on the consolidation of the right of access to public information with the adoption of the Inter-American Model Law 2.0 on Access to Public Information.

But in order to understand how it got here and the magnitude of the result, we have to go back a few years to the earliest period of the recognition of this right.

The Heads of State and Government of the Americas, meeting at the 2001 Summit of the Americas in Quebec City, Canada, declared on that occasion that access to information held by the State, with due respect for constitutional and legal norms, including those of privacy and confidentiality, was an indispensable condition for citizen participation and promotes effective respect for human rights. At the same time, they pledged to have the legal and regulatory frameworks, as well as the necessary structures and conditions to guarantee the citizens of the region the right of access to information. And it was from that moment that one of the richest and most dynamic processes of adoption of legal frameworks in the Americas began.

The General Assembly of the OAS began to adopt a series of resolutions on the subject in 2003. These resolutions included the substantive aspects that would later determine the legal nature and content of the right of access to information. These resolutions also included mandates for other organs of the Organization that would be responsible for setting broad standards of conduct for the region and that were gradually incorporated into the internal legal systems of the countries.

One of the first milestones that marked a before and after in the development of the subject was the Principles adopted by the CJI in 2008. These principles subsequently gave way to a more detailed document, namely, the 2010 Inter-American Model Law,

which was also adopted by that body. This instrument establishes very specific benchmarks so that States can, on the basis of these, adopt legislation on access to public information, modify and/or improve their legislation if they already have it, and constitute the respective Guarantor Bodies so that this right is promoted and exercised with all the necessary guarantees by citizens.

In 2016, it was the States themselves that decided to adopt an Inter-American Program on Access to Public Information. This Program adapted the content of the 2010 Model Law in such a way that it made possible to see the level of adaptation and progress of the domestic legislation of the countries according to the standards contained in the Model Law. Through this Programme, the States undertook to submit annual reports on very specific aspects such as, for example, the universe of subjects bound by the regime; the guarantees and facilities provided by the internal processes of requests for information from citizens; progress in the area of active transparency (referring to information that had to be proactively disseminated without the need for an individual to request it); the increasing limitation of the exception regime; the constitution and characteristics of the Guarantor Bodies in such a way as to ensure an adequate level of substantive and financial autonomy, among other aspects. The Inter-American Program was intended to ensure that the entire region moved forward as a whole, while allowing the sharing of good practices, best experiences, as well as the main challenges and difficulties that countries encountered in the implementation process.

Until the year 2000, that is, the year before the Québec Summit, only four countries on the continent had adopted laws on access to public information: Belize, Canada, Chile and the United States.

Between 2001 and 2008, that is, the period in which the OAS General Assembly began to incorporate the fundamental components of this right into its resolutions, thirteen more countries adopted their respective legislation on access to public information: Antigua and Barbuda, Ecuador, Guatemala, Honduras, Jamaica, Mexico, Nicaragua, Panama, Peru, Dominican Republic, Saint Vincent and the Grenadines, Trinidad and Tobago and Uruguay.

Following the adoption of the 2010 Model Law by the CJL, between 2010 and 2016, six more countries joined this process: Argentina, Brazil, Colombia, El Salvador, Guyana and Paraguay. Subsequently, countries that had adopted legislation but whose content had become outdated made reforms to their regulations, namely Argentina, Colombia, Chile, El Salvador, Guatemala, Mexico and Peru. In 2022, Paraguay also began its reform process. It should be noted that, in most of these cases, the standards proposed by the OAS were the triggers for the initiation of these processes.

While it would be naïve to say that all these experiences have been a direct result of the efforts made within the framework of the OAS, we can affirm that most countries have recognized the influence and impact that these inter-American standards have had on the development of their domestic legal institutions and the use they have made of them to create or adapt their own legislation.

In 2020, and as a result of a mandate from the OAS General Assembly, which considered that the region needed a more ad-

vanced instrument in the field that would serve as a reference for the legislative reform processes that were taking place, the CJI approved a new model law, the so-called Inter-American Model Law 2.0 on Access to Public Information. Unlike the 2010 Model Law, this Model Law was not only adopted by the CJI, but was subsequently approved by the General Assembly itself, an expression of the importance that the supreme body gave to this matter.

The Model Law 2.0 is destined to become the reference instrument *par excellence* for countries wishing to revise their domestic legal system not only within the region but also beyond. I have always considered this to be one of the best legal export products that the OAS can make available to other regions and continents. An example of this was apparent when, shortly after its approval, the Inter-American Court of Human Rights mentioned Model Law 2.0, it in one of its judgments, namely, in the Flores Bedregal et al. v. Bolivia (2022). More recently, it rendered a decision in the case Viteri Ungaretti et al. v. Ecuador (2023), which also referred to the Model Law 2.0.

We cannot fail to mention that Model Law 2.0 was the first inter-American instrument to incorporate a gender perspective from its design. This means that this instrument went well beyond the mere incorporation of inclusive language; it took care to identify with greater sensitivity the type of information that has the greatest impact on women's living conditions and development, and unfold its components meticulously, giving them greater visibility and a more focused purpose.

NP: The relationship between the right to access public information and the protection of personal data presents a complex and contentious legal landscape. On one hand, the right to access public information is crucial for ensuring transparency and accountability in governance, enabling citizens to be informed and to participate more effectively in democratic processes. On the other hand, this right must be carefully balanced against the need to protect individual privacy and personal data. What is your view about this topic and how it's being managed at OAS level?

DA: Both the right of access to public information and the right to the protection of personal data have been recognized as such in different countries in the region and the World. The question then arises as to whether they can conflict with each other and, if so, which of the two rights would have pre-eminence. This is the dialectic that is constantly presented in the legal field and that is resolved with the statement that "my right goes as far as it comes up against the right of the other". In this case, it could be said that the scope of the right of access to public information extends to the moment in which it comes up against the right to protect certain information whose content is related to personal data. But is this always the case? Could we say that there are exceptions in both cases?

At the inter-American level, standards have been developed on both subjects, that is, international benchmarks that are intended to serve as guidance for the domestic legal systems of the countries of the region in their processes of adoption or reform of

domestic laws or public policies, and even for the constitution and creation of the respective Guarantor Bodies. We could say that the Inter-American Model Law 2.0 on Access to Public Information is an extremely detailed and developed instrument compared to the Updated Principles on Privacy and Protection of Personal Data, which similarly were proposed by the CJI and approved by the General Assembly a year later, in 2022. However, it is worth emphasizing that both legal instruments, which are more of an indicative non-binding nature, constitute honorable exceptions in the Inter-American System, as most of the recent proposals of the CJI have been welcomed and recognized, but not approved by the highest organ of the Organization. This fact is not minor and rather underscores the importance of both issues for the OAS. That being the case, we should be able to specify what happens when these two rights, enshrined in such a *sui generis* way in the American region, enter into a possible conflict at the moment of recognition or application.

As a starting point, we must discard the idea that one right always takes precedence over another, a bold assertion that is often wielded by the most active defenders of both rights. It is true that the principle of maximum disclosure is clearly enshrined in the issue of access to public information, but it has been wrong to assert that, by virtue of this principle, all information is public, and exceptions would have to be proven in each case, always favouring the delivery of information. If this were the case, the right to the protection of personal data would always be at a significant disadvantage. The Model Law 2.0 itself provides us with the right

guidance by recognizing that, although the principle of maximum publicity is the central principle of the entire system of access to information, it has a specific content that in turn has a double dimension. In the first place, any public information in the hands of the subjects obliged to deliver such information must meet certain characteristics, namely that it must be complete, timely and accessible, a subject closely related to good records management. And, secondly, that such public information must be subject to a clear and precise regime of limited exceptions.

From the above, we can conclude that the regime of access to public information admits in itself the possibility of making exceptions when certain conditions are met. But, on the other hand, it can also be concluded that in order for certain types of information to be subject in all cases to the condition of delivery, it must first of all be public. And yet, we will see that there is information of a private nature (not public) that, because it has this characteristic, is outside the scope of application of the regime. Within this universe is all the information related to the privacy of individuals and the protection of their personal data. From this it follows that information containing personal data should not be considered an exception to the rule, i.e., being public information it is decided not to be delivered, but should be taken as a certain type of information that is totally outside the regime of access to public information, that is, that it belongs to another universe.

The Model Law 2.0 itself defines what is to be understood by "confidential" information and describes it as "private" information (which, again, should be understood as opposed to "public"

information) held by persons obliged to provide information, the public access or disclosure of which is prohibited by constitutional or legal mandate by reason of a legally protected personal interest, that is, when such access could harm certain private interests. Thus, confidential information is excluded (not exempted) from the regime applicable to access to public information. Among these legally protected personal interests, the Model Law 2.0 lists not only everything related to the right to privacy and personal data whose dissemination requires the consent of their owners, but also legitimate commercial and economic interests, as well as patents, copyrights and trade secrets.

While the Model Law 2.0 sets out cases in which this type of information, despite personal or private interest, does not constitute confidential information, such as the case of the existence of a court order requesting or authorizing its publication for reasons of national security or general health, these are only exceptions to confidentiality that confirm the rule. There are also exceptions to the release of information, such as when such release puts the life, human dignity, safety or health of any person at risk, or when it affects due process rights or violates the conduct of judicial proceedings, among others.

The OAS General Assembly itself has taken a position on this matter in resolutions approved in 2016 and 2017. In the first case, as we say before, it established that both access to information and the protection of personal data are fundamental values that must always work in harmony. And in the second, it pointed out that access to public information and the protection of personal data

work together for effective citizen participation, which contributes to the strengthening of public institutions, equality, and the full validity of the rule of law.

To a large extent, therefore, we cannot maintain that access to public information and the protection of personal data are antagonistic rights, but rather that they are called upon to work in harmony to contribute to the strengthening of democratic societies, for which both are important factors. Nor can we point out a priori that one right prevails over the other. The latter will have to be assessed and decided in the light of the importance of the values to be protected in concrete and specific situations. It is here that both the Guarantor Bodies established for the promotion and protection of these rights (in some countries even the Guarantor Body itself is in charge of the proper implementation of both rights, which is not a minor fact), as well as the judicial powers, will have to make very good use of their discretion and sensitivity in the face of complex situations that may arise in reality.

NP: To finish our discussion, in your opinion, what elements can be highlighted in the scope of the Inter-American Model Law 2.0 on Access to Public Information?

DA: This is an important question which forces me make subjective appreciations. Having established that all the elements that make up the text of the Model Law 2.0 can be considered equally important, not only because of their significance, but also because they must be applied in a complementary manner to ensure the

success of the regime, I would venture to point out a couple of issues that, because of the impact they may generate, should be highlighted here.

First, I would like to refer to three types of information specifically mentioned in the Model Law 2.0 that relate to the exception regime.

The first relates to human rights. The Model Law 2.0 provides that the regime of exceptions contained in its articles may not be applied in cases of serious human rights violations or in cases of crimes against humanity. That is to say, in cases involving this type of crime, information relating to them may not, under any circumstances, be denied. In effect, it is established that information related to human rights violations is subject to a high presumption of disclosure and in no case may it be classified on grounds of national security. In addition, the Model Law states that the competent authority to classify certain acts as violating human rights must be the Guarantor Body, which will also have the competence to protect the right to privacy of the victims.

The second type of information has to do with acts of corruption. Briefly, the Model Law 2.0 establishes that exceptions to disclosure may not be invoked in the case of information related to acts of corruption by public officials, as defined in the laws in force and in the Inter-American Convention against Corruption (1996). In addition, the Model Law indicates that the competent authority to classify information as related to acts of corruption must be the Guarantor Body, which is intended to ensure full independence in the decision of the case.

The third type of information to which I would like to refer to was developed by the Model Law in greater detail given the importance and role it has played in the content of the exception regimes for access to public information in many countries of our region. I'm talking about defense and national security. The OAS General Assembly had previously stated in one of its annual resolutions that States should bear in mind the principles of access to information when drafting and adapting their national security legislation. But the Model Law 2.0 goes much further in this area. First, it recognizes that the judiciary and legislature, as well as heads of state and government, supervisory institutions, intelligence services, armed forces, police and other security forces, may restrict the public's right to access information for reasons of national security. However, this will only be permitted when such restrictions comply with all the provisions established in the law (referring to the conditions that must be met by any regime of exceptions) and when the information falls within one of the categories indicated in its articles in a list that is otherwise closed.

This list includes ongoing defense plans and operations and capability issues, but only during the period when the information is operationally useful. It also includes information relating to the production, capabilities or use of weapons systems and other military systems, including communications systems. Reference is also made to information on specific measures aimed at protecting the territory of the State, critical infrastructure and key national institutions against threats, use of force or sabotage and the effectiveness of which depends on their restriction of disclosure.

On the other hand, it refers to information relating to intelligence operations, sources and methods, but only when they relate to national security matters. Finally, it covers information on matters of national security provided by a foreign State or an intergovernmental body when it has an express expectation of confidentiality, as well as other diplomatic communications as long as they have to do with matters relating to national security.

Consequently, the Model Law 2.0 considers it a good practice for national laws to establish exclusive lists of limited categories of information, such as those mentioned above, in matters of national defence and national security, in order to avoid what happens in some legal systems in the region in which the general category of "defense and national security" is established as an exception without delimiting a priori the scope of the universe of information to which it must refer to and in some cases leaving to a wide margin of discretion of the respective authorities the final decision of what should be classified.

A second issue that I would like to mention is that of active transparency, which was developed in great detail in the Model Law 2.0. A model of active transparency is key to the entire regime of access to public information because it involves the publication of information by the obliged subjects on their own, that is, without necessarily the existence of a request for information from any citizen or group of citizens. This, in addition to promoting greater transparency, greatly reduces the number of requests and, therefore, the workload of the public administration to meet these requirements.

For many years, the Inter-American Juridical Committee had held that public bodies should routinely and proactively disseminate information about their functions and activities, including their policies, opportunities for consultation, activities that affect the public, budgets, subsidies, benefits, and contracts, all that in a way that ensures that the information is accessible and understandable.

The Model Law 2.0 includes in its articles a long and detailed list of the types of information that should be subject to active transparency. A novelty in this list is information on citizen participation mechanisms, as well as information on the needs of specific groups such as women, adults, people with disabilities, people belonging to indigenous peoples, Afro-descendants and the LGBTI community, among others. Of particular importance was the inclusion of gender issues related to information on the wage gap, on existing programs that benefit women, on statistics and indicators referring to labor inclusion, health, among others. It was precisely this, as we said before, that has led many to claim that the Model Law 2.0 was the first legal instrument of the inter-American system to include a gender perspective from its design.

Thus, in general, a regime of active transparency mandates all obliged subjects to proactively disseminate the key information established in the law, allowing the broadest access to such information, but also in such a way as to facilitate its “interoperability” in an “open data format”, two novel concepts in the text of the the Model Law. In the same vein, the obliged entity must determine the strategies for identifying, generating, organizing, publishing and disseminating such information, in order to allow its easy reuse.

“Open data format” refers to a way of providing information in such a way that it can be used, reused, and redistributed, and that other derivative services can be created from it. An example of this is the delivery of information in a format or program that can be easily circulated on the network in such a way that it is available not only to the person requesting the information but also to anyone with whom he or she decides to share it. Linked to this is the term “reuse” which aims to make it easier for information to be shared among a greater number of people using the means available, including the website, broadcasting, television and printing. While the concept of open data is not new, its inclusion was a great contribution of the Model Law 2.0 because it finally enshrines it in an inter-American instrument.

While the concept of open data is not new, its inclusion was a great contribution of the Model Law 2.0 because it finally enshrines it in an inter-American instrument.

Thus, we can conclude that with the inclusion of a model of active transparency in the regime of access to public information, this figure is no longer exclusively related to the issue of transparency and the fight against corruption, but also becomes a tool of empowerment for certain sectors of society. Hence its importance.

Received on 02/04/2023

Approved on 20/04/2024